

POLITIPROVOKASJON

Og hvilken betydning har det dersom politiet gjennom sin etterforskning har fremprovosert en straffbar handling?

Kandidatnr:

Veileder: Ina Strømstad

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 16 725

Dato 30. juni 2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	OPPGAVENS PROBLEMSTILLING OG TEMA	4
1.2	HJEMMELSGRUNNLAGET FOR POLITIETS ETTERFORSKNING	5
1.3	RETTSKILDESITUASJONEN	6
1.4	TERMINOLOGI	9
1.5	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	9
1.6	DEN VIDERE DISPOSISJON	10
<u>2</u>	<u>HVA ER MATERIELL POLITIPROVOKASJON?</u>	<u>10</u>
2.1	INNLEDNING	10
2.2	HVEM MÅ HANDLE FOR AT PROVOKASJON FORELIGGER?	10
2.3	VILLFARELSE HOS DEN PROVOSERTE	11
2.4	POLITIETS AKTIVE ROLLE	11
2.5	KONTAKTEN	12
2.6	FORHOLDET TIL ANDRE POLITIMETODER	12
<u>3</u>	<u>MATERIELLE VILKÅR</u>	<u>14</u>
3.1	INNLEDNING	14
3.2	GRUNNVILKÅRET - FORBUD MOT KONSTITUTIV PROVOKASJON	14
3.2.1	FORBUD MOT Å FREMKALLE HANDLINGER SOM HAR STRAFFERETTSLIG RELEVANS	14
3.2.2	KRAV TIL ÅRSAKSSAMMENHENG	15
3.3	GRUNNVILKÅRETS ULIKE VURDERINGSTEMA	18
3.3.1	INNLEDNING	18
3.3.2	INITIATIVET TIL DEN STRAFFBARE HANDLING	18
3.3.3	EKSISTENSEN AV ET MARKED FOR DEN AKTUELLE STRAFFBARE VIRKSOMHET	21
3.3.4	ENDRINGER I TID, STED OG UTFØRELSE.	22
3.4	NOU 2004:6	24
<u>4</u>	<u>PROSESSUELLE VILKÅR</u>	<u>25</u>

4.1	STERK MISTANKE	25
4.1.1	NOU 2004:6	26
4.2	ANVENDELSESOMRÅDET	27
4.2.1	NOU 2004:6	29
4.3	SEKUNDÆRT ETTERFORSKNINGSMIDDEL	29
4.3.1	NOU 2004:6	31
4.4	FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET	31
4.4.1	NOU 2004:6	32
4.5	KOMPETENT MYNDIGHET: BEGJÆRING OG BESLUTNINGSMYNDIGHET	32
4.5.1	NOU 2004:6	33
4.6	KONTROLL OG DOKUMENTASJON MED ETTERFORSKNINGEN	33
4.6.1	NOU 2004:6	36
4.7	IKKE I STRID MED GENERELLE PROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER	37
<u>5</u>	<u>VIRKNING AV OVERSKRIDELSE AV GRENSEN FOR LOVLIG</u>	
	<u>MATERIELL POLITIPROVOKASJON</u>	<u>39</u>
5.1	INNLEDNING	39
5.2	BRUDD PÅ GRUNNVILKÅRET	39
5.3	BRUDD PÅ PROSESSUELLE KRAV	41
5.3.1	STERK MISTANKE	42
5.3.2	BRUDD PÅ ANVENDELSESOMRÅDET	43
5.3.3	SEKUNDÆRT ETTERFORSKNINGS MIDDEL	43
5.3.4	FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET	44
5.3.5	KOMPETENT MYNDIGHET – BEGJÆRING OG BESLUTNINGSMYNDIGHET	44
5.3.6	KONTROLL MED ETTERFORSKNINGEN	45
5.3.7	STRID MED GENERELLE GRUNNPRINSIPPER	46
5.3.8	OPPSUMMERING AV BRUDD PÅ PROSESSUELLE KRAV	47
5.4	NOU 2004:6	47
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE SPØRSMÅL</u>	<u>47</u>
6.1	HVA BØR VIRKNINGEN AV ULOVLIG PROVOKASJON VÆRE?	47
6.1.1	INNLEDNING	47
6.1.2	BRUDD PÅ GRUNNVILKÅRET	48
6.1.3	BRUDD PÅ PROSESSUELLE VILKÅR	49
6.2	BØR PROVOKASJON LOVFESTES?	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling og tema

Oppgavens tema er politiprovokasjon som etterforskningsmetode. I tilknytning til dette foreligger det tre sentrale problemstillinger som skal behandles. For det første må det klargjøres hva politiprovokasjon er. Deretter må grensen for den lovlige provokasjon fastlegges både i forhold til materielle og prosessuelle vilkår. Siden provokasjonen bare er lovlig innenfor disse grensene, oppstår spørsmålet hva virkningen er dersom vilkårene overskrides.

Etterforskning er undersøkelser som foretas av påtalemyndighetene og politiet for å avdekke om straffbare forhold foreligger, for å avklare forhold som er av betydning for tiltale spørsmålet og for å skaffe nødvendige bevis til rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld jfr. strpl. § 224 jfr. § 226.

Gjennom flere tiår har det skjedd kraftig økning i antall registrerte straffbare forhold¹ samtidig med at nye kriminalitetstyper har oppstått². Dette skyldes bl.a. at den generelle samfunnsutviklingen har medført internasjonalisering³ av kriminalitet i tillegg til at nye kriminalitetstyper skapes gjennom utviklingen av avansert teknologi⁴. I tillegg er de kriminelle blitt bedre organisert og tilhører et profesjonelt nettverk som gjør det langt vanskeligere for politiet å tilegne seg informasjon gjennom vanlig etterforskning⁵. Dette gjelder særlig etterforskning innenfor narkotikaforbrytelser som betegnes som ”offerløs”⁶. I disse sakene vil kjøperen ikke se seg tjent med å avsløre bakmennene da de selv risikerer straff for ervervet⁷ i tillegg til ønsket om å ikke bli avskåret fra stoff han er avhengig av⁸.

¹ NOU 1997:15 pkt. 2.2.

² NOU 2004:6 pkt. 9.1.

³ NOU 2004:6 pkt. 9.1.3.3.

⁴ NOU 2004:6 pkt. 9.1.3.4.

⁵ Hopsnes, *JV. 2003*, s. 68.

⁶ Hopsnes, *JV. 2003*, s. 67, Andersen, *Agent Controlleur* s. 9, Dorenfeldt, *LoR.* 1978 s. 294.

⁷ Strl. § 162.

Videre må man gå ut fra at det også foreligger trusler i et slikt miljø, slik at frykten for represalier også bidrar til hemmeligholdelse. Idet politiet får mindre informasjon utenifra, vil de ordinære etterforskningsmetodene her komme til kort. Dette har skapt et behov for politiet til å gå mer aktivt til verks og skaffe seg nødvendig informasjon gjennom ekstraordinære etterforskningsmetoder. I motsetning til de ordinære, kjennetegnes de ekstraordinære metodene ved at de foretas i det skjulte og uten at den mistenkte vet om det⁹. Eksempler på dette er teknisk sporing, telefonkontroll, romavlytting, infiltrasjon og provokasjon. At metoden er ekstraordinær er dels et uttrykk for at metoden er ny, at den er ekstraordinær i sin grad av inngrep eller ekstraordinær på grunn av fremgangsmåten¹⁰. Det er til den siste kategorien provokasjon tilhører.

Formålet med å ta provokasjon i bruk er ulike. Metoden kan brukes til (1) å forebygge eller avverge straffbare handlinger (forebyggende metode), (2) for at politiet skal få kontroll over stjalne gjenstander og (3) til slutt som etterforskningsmiddel for å avdekke en planlagt, påbegynt eller avsluttet straffbar handling¹¹. Det er den planlagte og påbegynte straffbare handling under sistnevnte punkt som skal behandles i det følgende¹².

1.2 Hjemmelsgrunnlaget for politiets etterforskning

Utgangspunktet og den alminnelige oppfatning er at politiet kan foreta etterforskning, herunder provokasjon, i kraft av politiets generelle myndighet. Spørsmålet om hvor langt politiet i medhold av den alminnelige handlingsfrihet kan benytte provokasjon har vært oppe til diskusjon ved flere anledninger. Lovgiver har ansett den generelle handlefrihet til å være tilstrekkelig som hjemmelsgrunnlag i lang tid og har derfor avstått å lovregulere metoden. I NOU 2004:6 drøftes det om provokasjon i noen tilfelle kan støte mot retten til privatliv i EMK art. 8 (1), slik at metoden fordrer lovhjemmel etter annet ledd.

⁸ Dorenfeldt, *LoR*. 1978, s. 294.

⁹ Innst.O.nr.3 (1999-2000) pkt. 6.

¹⁰ Se bl.a. Ot.prp.nr.64 (1998-1999) pkt. 3.3.

¹¹ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 III pkt. 1.

¹² Se pkt. 1.5.

1.3 Rettskildesituasjonen

Spørsmålet om lovfesting av provokasjon har vært oppe til diskusjon ved flere anledninger. I Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179 sa departementet seg enig med Riksadvokaten at det på daværende tidspunkt ikke var grunn til å lovregulere provokasjon, men at saken skulle vurderes på ny dersom det var nødvendig. Både Justiskomiteen¹³ og Metodeutvalget¹⁴ har sluttet seg til departementets syn. Provokasjon er p.t. derfor ikke lovregulert i norsk rett. Grensene for den lovlige provokasjon er slått fast gjennom rettspraksis med utgangspunkt i prinsippavgjørelsen i Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I:

”I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelig rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt.”

I rundskriv nr. 2/2000 har Riksadvokaten fastsatt retningslinjer for bruk av provokasjon. Denne baserer seg dels på Høyesteretts praksis og dels på de opprinnelige retningslinjene som ble gitt i 1980.¹⁵ Disse er i rettslig henseende en intern instruks til polititjenestemennene, men Høyesterett har i sin praksis lagt stor vekt på opprinnelige retningslinjene. Disse har derfor hatt stor innflytelse på rettsutviklingen. Riksadvokatens instruks kan oppsummeres slik¹⁶:

Grunnvilkåret (som ved all etterforsking): Det aksepteres ikke at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Ved en vurdering av dette vilkår skal det legges vesentlig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling.

Grunnvilkåret suppleres med spesielle punkter (gjerne kalt riksadvokatens 8 punkter):

1) Avgjørelse og samtykke

Den politimessige beslutning om å ta i bruk provokasjonslignende tiltak treffes av politimesteren, eventuelt av vedkommendes faste stedfortreder. (Ved Oslo politikammer gjelder særlige regler) Men før operasjonen kan gjennomføres skal det innhentes samtykke fra statsadvokaten.

2) Krav til mistankens styrke

Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok.

3) Kvantum narkotika

¹³ Innst.O.nr.37 (1980-1981).

¹⁴ NOU 1997:15.

¹⁵ Riksadvokatens 8 punkter er inntatt i NOU 1997:15 s.83 og Rt. 1998.407 Skrik I.

¹⁶ Hentet fra NOU 1997:15 s.83.

Hovedregelen er at denne etterforskningsmetoden bare kan benyttes hvor det aktuelle narkotikapartiet er av en slik mengde at ved en eventuell hovedforhandling vil saken bli iretteført med tiltale etter straffeloven §162 annet ledd (grov narkotikaforbrytelse).

4) Stoffet må være i Norge

Utgangspunktet er at narkotikaen allerede må være i Norge før ekstraordinære etterforskingstiltak iverksettes. Er stoffet bare på vei til Norge, skal statsadvokaten vurdere om også riksadvokatens samtykke bør innhentes. Utenlandske myndigheter må i slike tilfeller alltid orienteres og godkjenne/akseptere fremgangsmåten.

5) Narkotikaen må være ment for omsetning

Politiet må være overbevist om at mistenkte har til hensikt å selge stoffet og at omsetning ville ha funnet sted dersom politiet ikke griper inn.

6) Offentliges penger

Ved politioperasjoner er det bare aktuelt å fremvise penger som er fremskaffet av det offentlige. Private midler kan ikke benyttes. Det stilles krav om sikring av pengene.

7) Vanlig etterforsking ikke anvendelig

Vanlig, tradisjonell etterforsking må anses uhensiktsmessig. Utradisjonell etterforsking skal kun iverksettes hvor metoden er påkrevd for å avdekke de straffbare forhold.

8) Hvem kan fremstå som kjøper?

Dersom formålet med operasjonen er å fremskaffe bevis med tanke på salgstiltale, kan kun polititjenestemenn settes inn i rollen som kjøpere av narkotika. Iblant kaller man dette «salgsprovokasjon». Bl a etter endring av straffeloven §162 vil målet i dag for ekstraordinære etterforskingsskritt som regel være at et avtalt salg/kjøp ikke skal realisere seg, og tiltalebeslutningen vil omfatte innførsel og eventuell oppbevaring av narkotika. (« Bevisprovokasjon ») Ved sistnevnte fremgangsmåte vil politiet kunne benytte informanter aktivt, endog utstyre dem med « visningspenger ».

Riksadvokaten har oppstilt som ufravikelig krav at det skal foreligge en plan som dekker enhver fase i utviklingen, med spesiell vekt på å sikre det personell som er involvert, og hindre at det skjer urett mot noen.

De instruksjoner riksadvokaten har gitt åpner for provokasjonslignende metoder kun i etterforsking av narkotikasaker. Politiet er selvsagt bundet av dette. Riksadvokaten vil i enkelte tilfeller kunne godkjenne tilsvarende metoder ved andre former for kriminalitet.

Den 29. mars 2004 kom imidlertid Justis- og politidepartementet med forslag om å lovregulere politiprovokasjon¹⁷. Flertallets og mindretallets forslag er likelydende, men er forslått i henholdsvis politiloven og i straffeprosessloven. I det følgende kommer jeg til å vise til flertallets paragrafer til politiloven. De relevante bestemmelsene lyder som følgende:

§ 8-1 (5): Definisjoner av de enkelte metoder

”Med provokasjon forstås det at en polititjenestemann eller en som opptrer på vegne av politiet, tar kontakt med en person og utnytter hans villfarelse om hvem han har med å gjøre, til å blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til en straffbar handling eller en mer straffverdig handling.”

§ 8-3 Kriminalitetskravet

¹⁷ NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern.

”Når en metode stiller krav om forberedelse av en særlig alvorlig forbrytelse, omfatter det forberedelse av handlinger som etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, handlinger som faller inn under straffeloven §§ 90, 91, 91 a, 94, 104 a, 152 a første ledd, § 317 tredje ledd jf § 162, § 5 i lov av 6. mai 1994 nr. 10, § 5 i lov av 18. desember 1987 nr. 93 og 47 tredje ledd i lov av 24. juni 1988 nr. 64.

Når en metode stiller krav om forberedelse av en alvorlig forbrytelse, omfatter det foruten handlinger som nevnt i (1), handlinger som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer, og handlinger som nevnt i straffeloven kapittel 8 og 9 som ikke har 5 års grense, straffeloven § 204 og våpenloven av 9. juni 1961 nr. 1 § 33 annet ledd. (3) Når kriminalitetskravet er fastsatt med henvisning til en strafferamme, skal det ikke tas hensyn til forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller ved sammenstøt av forbrytelser.”

§ 8 -12

”Politiet kan gjennomføre provokasjon overfor person som mest sannsynlig forbereder en alvorlig straffbar handling etter § 8-3 (2). Politiet kan likevel ikke fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.

Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand ellers skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, kan politiet likevel fremprovosere en straffbar handling. Det kan ikke reises tiltale for den fremprovoserte handling.

Beslutning om provokasjon skal treffes av politimesteren, eller av sjefen for Politiets sikkerhetstjeneste dersom det gjelder sak som angår § 2-2 (1). Tillatelse kan bare gis dersom det vil være av vesentlig betydning for å løse saken, og bare når mindre inngripende metoder ikke vil være anvendelige.

Tillatelsen skal gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn strengt nødvendig, og ikke lenger enn 2 uker om gangen.

Tillatelse kan likevel ikke gis når det etter inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.”

§ 8-21 Skriftlighet og begrunnelse

”Politiets beslutning om metodebruk etter dette kapittel skal så vidt mulig være skriftlig. Må tillatelse gis muntlig, skal den nedfelles skriftlig snarest mulig. Av den skriftlige beslutning skal fremgå at vilkårene for inngrepet er oppfylt. Begrensninger som gjelder med hensyn til fremgangsmåte, tid og sted skal også fremgå.

Beslutningen skal dokumentføres.”

8-22 Dokumentasjon

”Når politiet har gjennomført teknisk sporing, infiltrasjon, provokasjon, kommunikasjonskontroll, forsendelseskontroll, dataavlesning, romkontroll eller romransaking, skal det i saken foreligge dokumentasjon om metodebruken. Det skal fremgå når metoden ble brukt, hvor den ble gjennomført og hva politiet og dets eventuelle medhjelpere foretok seg.”

1.4 Terminologi

Det har vært noe uenighet i norsk og dansk teori hva som ligger i begrepet provokasjon. Det ene synspunktet går ut på at selve uttrykket ”provokasjon” kun omfatter den ulovlige provokasjon. Den lovlige provokasjon har da blitt omtalt som etterforskning med provokasjonstilsnitt. Rettspraksis og Riksadvokaten¹⁸ har imidlertid bruk provokasjon som en fellesbetegnelse uten at det i selve betegnelsen ligger en vurdering av fremgangsmåten lovlighet. Det er denne som legges til grunn i det følgende.

1.5 Avgrensning av oppgaven

Provokasjon som etterforskningsmiddel kan deles inn i materiell og bevisprovokasjon¹⁹. Denne oppgaven skal bare behandle den materielle provokasjon. Bevis provokasjon kjennetegnes ved at politiet ”bare tar sikte på å fremskaffe bevis for en straffbar handling som allerede er begått”²⁰. Her kommer altså politiets innblanding i tid *etter* den straffbare handling og det foreligger derfor ikke fare for kriminalisering slik som ved materiell provokasjon. Det er imidlertid ikke mulig å skille disse helt fra hverandre på et punkt. Når politiet ønsker å fremprovosere bevis for besittelse av narkotika, vil dette kunne skje ved at politiet fremprovoserer et salg. Når det gjelder beviset for besittelsen av narkotikaen, er dette bevisprovokasjon. Men for selve salget foreligger det materiell provokasjon. Hvilken av disse to provokasjonstypene vi står ovenfor beror på det faktiske hendelsesforløp og ikke hva hensikten med etterforskning var.²¹ Politiet kan ha hatt som formål å fremprovosere bevis for besittelse for narkotika. Hvis det viser seg at den mistenkte skaffet narkotikaen etter at politiet tok kontakt, har jo politiet kommet inn før den straffbare handling har funnet sted. Forholdet skal da bedømmes som materiell provokasjon.

Rettsvirkningene knytter seg både til den lovlige og ulovlige provokasjon. Ved den lovlige provokasjon vil gjerningspersonen kunne dømmes for den utførte handlingen. I tillegg oppstår et spørsmål om et eventuelt straffansvar for politiet eller dets medhjelper. Det er imidlertid

¹⁸ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000.

¹⁹ Se *Andersen, JV. 2001. s. 6.*

²⁰ Rt. 2000.1345.

²¹ *Hopsnes* skriver mer inngående om dette i sin artikkel i JV. 2003 s. 86 flg.

først og fremst den ulovlige provokasjon som skal behandles i oppgaven. Det avgrenses for øvrig mot rettsvirkninger som ikke er av strafferettslig art. Provokasjon reiser spørsmål i forhold til straffbar medvirkning for den involverte polititjenestemannen. Oppgaven omhandler bare spørsmål knyttet til den som utsettes for provokasjon.

1.6 Den videre disposisjon

Oppgaven skal først redegjøre for hva materiell provokasjon er (pkt.2). Deretter behandles de materielle og prosessuelle vilkår (pkt.3 og 4) og virkningen av at grensen for lovlig provokasjon er overskredet (pkt.5). Tilslutt skal spørsmålene om (i) hva virkningen av ulovlig provokasjon bør være og spørsmålet (ii) om provokasjon bør lovfestes, behandles de lege ferenda (pkt.6).

2 Hva er materiell politiprovokasjon?

2.1 Innledning

Idet man ikke har noen lovbestemmelse om provokasjon, har man følgelig heller ikke noen legaldefinisjon. Noe entydig definisjon finnes heller verken i teori eller praksis²².

Riksadvokaten har imidlertid beskrevet provokasjon som når ”politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp.”²³ Hva dette innebærer er tema i det følgende.

2.2 Hvem må handle for at provokasjon foreligger?

Det er klart at provokasjonsreglene kommer til anvendelse når politiets tjenestemenn opptrer som provokatører. I en del saker lar politiet seg bistå av sivile medhjelpere som opptrer som provokatører. Spørsmålet er om provokasjonsreglene kommer til anvendelse også i disse tilfellene. Svaret beror på om de sivile medhjelperne kan identifiseres med politiet.

²² Det er forslått en legaldefinisjon i NOU 2004:6. Se pkt. 1.3.

²³ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000.

I rettspraksis er ikke identifikasjonsspørsmålet særlig problematisert. I de fleste tilfellene har retten uten videre lagt til grunn at medhjelpernes opptreden måtte likestilles med politiets egen jr. Rt. 1993.473 Piratdrosjedom I og Rt. 1998.407 Skrik I. Disse tilfellene omhandler imidlertid bare tilfeller hvor det er politiet som har tatt kontakt med medhjelperen. Spørsmålet er om det også skjer identifikasjon når det er medhjelperen/provokatøren som har tatt kontakt med politiet? Når politiet kun mottar opplysninger om en planlagt eller pågående straffbar handling kan dette for eksempel skje gjennom tysting eller infiltrasjon. I disse tilfellene, påvirker ikke informanten hendelsesforløpet aktivt slik som ved provokasjon. Det avgjørende er ikke hvem som har tatt kontakt. I juridisk teori har det blitt lagt til grunn at det avgjørende bør være om politiet har kontrollert vedkommende som en medhjelper²⁴. Det er i disse tilfellene politiet har anledning til å påvirke den straffbare handling som medfører kriminaliseringsfare og som igjen begrunner vilkårene.

2.3 Villfarelse hos den provoserte

Den provoserte vil alltid være i villfarelse med hensyn til politiets innblanding og plan. Det er bare i disse tilfellene det kan foreligge fare for kriminalisering av som nødvendig strenge regler for å ivareta den provosertes rettsikkerhet. Etterforskningsmetoder hvor politiet går inn i et kriminelt miljø, men tilkjennegir sin identitet faller derfor utenfor provokasjonstilfellene.

2.4 Politiets aktive rolle

Provokasjon innebærer at politiet har en aktiv rolle. Spørsmålet er hva som ligger i dette? Positivt innebærer dette at politiet må utøve en viss handlekraft i forhold til den straffbare handling. I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I hadde en narkotikaleverandør tatt kontakt med en innsatt og tilbudt ham 1 kg amfetamin. Politiet valgte å tre inn i den innsattes telefonkontakt med leverandøren, aksepterte tilbudet og endret stedet for levering. Politiet hadde således en deltakende rolle i den straffbare handling. Høyesterett kom derfor til at det forelå provokasjon som for øvrig var innenfor de rettslige rammer. Også i Rt. 1990.531 Asylmottakssaken ble det forgjeves gjort gjeldende at de var utsatt for ulovlig provokasjon. Saken gjaldt en planlagt sprengning av et asylmottak der en av deltakerne ble skremt av

²⁴ Hopsnes, JV. 2003, s. 62.

virksomheten. Vedkommende tok derfor kontakt med politiet, men fortsatte deretter i sin tildelte rolle i sprengningsplanen. Om politiets aktive rolle uttalte Høyesterett at politiet:

”har ikke fremkalt den plan og den virksomhet som [...] ble utført med sikte på å slå til mot [asylmottaket]. [...] Den foreliggende sak skiller seg sterk fra den som er omtalt i Rt.1984.1076. I den saken trådte en G direkte inn i saken og utgav seg som medspiller i den videre kriminelle virksomhet. Noe tilsvarende har ikke forekommet i den foreliggende sak.”

Politiet hadde altså kun overvåket den allerede eksisterende planen om å sprengte asylmottaket. Det var derfor ”klarlagt at det her ikke har foreligget noen provokasjon”²⁵.

2.5 Kontakten

For at det skal foreligge provokasjon, må det ha vært en form for kontakt mellom politiet eller dets medhjelpere og den som blir provosert. Spørsmålet er hva som ligger i kravet til kontakt. Etter ordlyden vil både fysisk og psykisk kontakt oppfylle kravet. Hensynet bak provokasjonsreglene kan dessuten være med på å belyse hva som ligger i kravet. Dersom det ikke har vært kontakt, har ikke politiet mulighet for å påvirke den straffbare adferd. Når de ikke har mulighet for å påvirke den straffbare adferd vil det heller ikke foreligge fare for kriminalisering.

2.6 Forholdet til andre politimetoder

Idet provokasjon forutsetter villfarelse hos den provoserte, kan vi avgrense mot metoder hvor politiet ikke skjuler sin identitet som da typisk vil være tradisjonell etterforskning.

Provokasjon forutsetter som nevnt ovenfor at politiet har en aktiv rolle. Det må derfor avgrenses mot metoder hvor politiet forholder seg passiv til den straffbare handling. Når politiet er passiv og så griper inn for å straffeforfølge, forligger ikke fare for kriminalisering. Eksempel på dette er spaning der kjernen er at den nettopp er passiv og bruk av informant

²⁵ Rt. 1990.531 Asylmottakssaken.

hvor politiet bare mottar opplysninger. Et annet eksempel er kontrollert leveranse, som ligger nær opptil provokasjonstilfellene. Det som karakteriserer denne metoden er at politiet sitter inne med informasjon om en forbrytelse som er under planlegging eller er i ferd med å begås, men velger å ikke gripe inn eller venter med å gripe inn etter at den straffbare handling er gjennomført. Politiet lokaliserte for eksempel et parti med ulovlige varer med narkotika som kunne vært beslaglagt, men tillater partiet å bli transportert til mottakerne for å avdekke forbindelseslinjer og mottakerledd²⁶. Idet politiet kun er observatør, vil det ikke være fare for kriminalisering slik som ved provokasjon. Dette var tilfellet i Rt. 1986.779. Innføreren av teknisk rent amfetaminsulfat ble stanset i toll. Han gikk med på å samarbeide med politiet for å avsløre mottakeren A og utførte planen i henhold til de instruksjoner han hadde fått av sin oppdragsgiver. Dette medførte at A ble pågrepet og dømt for medvirkning til innførsel. Retten uttalte at politiets handlemåte hadde i denne saken fravær av et deltakende element som gjorde at saken skilte seg ut fra Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I. Idet politiet ikke har ”fremkalt noen transaksjon som uten politiets mellomkomst kanskje ikke ville være blitt foretatt”, konkluderte Høyesterett med at ikke forelå provokasjon, men at tilfellet hadde likhetstrekk med kontrollert leveranse.

En annen passiv metode er infiltrasjon som ligger tett opp til provokasjonstilfellene. Begge metodene innebærer at politiet tar kontakt²⁷ med en person eller et miljø uten å røpe sin egentlige identitet for å tilegne seg informasjon. Hovedforskjellen ligger i at infiltratøren forholder seg passiv med hensyn til den straffbare adferd.

Man kan stille seg spørsmålet hvordan kravet til aktivitet stiller seg ved bruk av lokkeduer. I disse tilfellene legger politiet ut agn for å friste den kriminelle, for eksempel ved å legge ut tilbud om salg av ulovlig våpen eller barnepornografi²⁸ på nettet. Selv om det kan minne om provokasjon, er det klare forskjeller. Her har gjerningsmannen bygd opp sitt eget forsett. Politiet har bare tilrettelagt for fullførelsen av den straffbare handling og har hatt en passiv rolle i forhold til den straffbare handling. Hvis politiet derimot hadde sendt ut informasjon til vedkommende om at de hadde ulovlige våpen til salgs, hadde saken vært annerledes.

²⁶ Se NOU 1997: 15 pkt. 4.2.8.6.

²⁷ Se pkt. 2.5.

²⁸ Eksempelet er hentet fra Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.3.

3 Materielle vilkår

3.1 Innledning

I mangel av lovregulering har vilkårene for materiell provokasjon blitt utpenslet i rettspraksis gjennom de siste 20 årene. Vilårene er dels materielle (pkt. 3) og dels prosessuelle (pkt.4).

3.2 Grunnvilkåret - forbud mot konstitutiv provokasjon

Grunnvilkåret ble formulert i Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I og går ut på ”at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått”²⁹. Det er imidlertid godtatt at ”politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse”.³⁰ Grunnvilkåret er vagt og upresist formulert, men er forsøkt presisert gjennom et årsakskrav og en rekke momenter.

Den sentrale problemstilling er når har politiet fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått? Problemstillingen kan deles inn i to. Det må først klargjøres for hva som ligger i det å fremkalle ”en straffbar handling” (pkt.3.2.1). I tillegg stilles det krav til årsaksammenhengen mellom den politiets kontakt og den straffbare handling (pkt. 3.2.2). Grunnvilkåret er i NOU 1997:15 s. 83 regnet som et absolutt vilkår.

3.2.1 Forbud mot å fremkalle handlinger som har strafferettslig relevans

Politiet må altså ikke fremkalle en ”straffbar handling”. Hva den straffbare handling består i må naturligvis søkes i den aktuelle straffebestemmelse da det er denne som angir de faktiske forhold av strafferettslig betydning. Det avgjørende etter dette er derfor om politiet har fremkalt betingelsene i straffebudets gjerningsbeskrivelse. Negativt avgrenset innebærer dette at politiet kan fremkalle handlinger som ikke reguleres av gjerningsbeskrivelsen uten at grunnvilkåret brytes. Politiet kan for eksempel endre tidspunktet for levering av et parti med narkotika³¹. I forhold til strl. § 162 (1) innebærer en positiv avgrensning at politiet ikke kan

²⁹ Grunnvilkåret er tilsvarende formulert i Ot.prp.nr.35 (1978-1979) pkt. 4.2.8.5.

³⁰ Se bl.a. Rt. 1984.1076 Politiheroinsaken I, Rt. 1998.407 Skrik I, Rt. 2000.1223 Trondheimsheroinsaken, Rt. 2000.1482 og pkt.3.2.2.4 nedenfor.

³¹ Se pkt. 3.3.4 nedenfor.

være årsak til at gjerningspersonen tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar narkotika. I så fall foreligger ulovlig provokasjon. En langer tilbyr en sivilkledd politimann narkotika uten at det foreligger oppfordring til dette og politimannen aksepterer. Idet dette salget er betinget av politimannens aksept, vil politimannen strengt tatt ha påvirket gjerningspersonen til å ”overdra narkotika”. Om dette har Høyesterett imidlertid uttalt at grunnvilkåret ”ikke [kan] strekkes så langt at det anses som ulovlig provokasjon om en politimann aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika”.³² Andenæs³³ har også gitt uttrykk for dette standpunktet.

Vi har til nå sett på tilfeller hvor politiet påvirker gjerningspersonen til å begå en straffbar handling. Hva med tilfellene hvor politiet er årsak til at vedkommende begår en straffbar handling som er mer straffverdig? Hvorvidt politiets påvirkning er ulovlig provokasjon, beror igjen på straffebudets gjerningsbeskrivelse. Dersom en langer tilbyr en politimann 300g hasjisj, vil dette være en overtredelse av strl. § 162 (1). Tilbyr han derimot politimannen et større kvantum eller et farligere stoff (for eksempel amfetamin) kan overtredelsen etter forholdene være en grov narkotikaovertrædelse etter annet ledd. En politimann blir for eksempel tilbudt 300g hasjisj, men spør langeren om han i stedet kan selge ham 1 kg hasjisj eller kokain. Dersom langeren går med på å selge 1 kg hasjisj eller kokain vil det foreligge ulovlig provokasjon for den ”overskytende” mengden på 700g hasjisj eller for hele salget av kokain. Langeren vil altså bare kunne straffes for salg av 300g hasjisj eller for forsøk på salg av kokain. Det presiseres at ikke enhver endring i kvantum eller type narkotika gjør provokasjonen ulovlig. Endringen må medføre at handlingen er mer straffverdig.

3.2.2 Krav til årsakssammenheng

Kravet om at politiet ikke må ”fremkalle” en straffbar handling innebærer at de ikke må være årsak til den straffbare handling. Ordlyden gir ikke særlig veiledning i hvilket årsakskrav som gjelder. I Rt. 1998.407 Skrik I kom Høyesterett inn på årsakslæren og uttalte:

³² Rt. 2000.1223 Trondheimsheroinsaken

³³ Andenæs, *Norsk straffeprosess bind I*, s. 257.

”Det er ikke tilstrekkelig å vise til, slik lagmannsretten gjør, at A’s hensikt hele tiden var å bidra til at maleriet ble utlevert mot løsesummen. Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.”

Høyesterett legger altså betingelseslæren til grunn. Det innebærer at provokasjonen er ulovlig dersom politiets handlemåte er en nødvendig betingelse for den straffbare handling.

Ordlyden sier imidlertid at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ”ellers ikke ville ha blitt begått”. Dette innebærer at provokasjon bare er ”berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet.” jr. Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I. Uttalelsen kan derfor tyde på at betingelseslæren ikke er avgjørende. I Rt. 1984. 1076 Politiheroindommen I ble en kurer innblandet som følge av at politiet endret leveringsstedet fra København til Norge. Etter betingelseslæren er det ikke tvil om at politiet var årsak til den straffbare handling.

Førstevoterende uttalte imidlertid at:

”politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, er for *fjern og indirekte* til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side. [...]

Politiet måtte regne med at det forelå en organisasjon med en etablert kurertjeneste. Hvordan stoffet gjennom dette distribusjonsapparatet skulle bringes til Norge, var et spørsmål som lå *utenfor politiets innflytelse og kontroll.*” [mine kursiveringer.]

Og likeledes i Rt. 2000.1482:

”For at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen, er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes borte. Som Høyesterett påpeker i Rt. 1984.1076 på side 1083, kan politiets mulige bidrag til at tiltalte ble trukket inn i saken, være ”for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side”.”

Ut fra dette er derfor betingelseslæren ikke alene avgjørende. Årsakskravet vil ikke være oppfylt hvis politiets bidrag er for fjern eller indirekte selv om den er en nødvendig betingelse for den straffbare handling.

Det er ikke lett ut fra den foreliggende rettspraksis å angi årsakskravets fullstendige innhold. Årsaksspørsmålet har i teorien omtalt som ”vanskelig”³⁴ og at det ”vanskelig kan oppsettes noen absolutte lærer”³⁵. I erstatningsretten er det betingelseslæren det sikre utgangspunkt³⁶, også i skadeforløp med to eller flere årsaker. Denne hovedregelen har den reservasjon at man ser bort fra årsaksfaktorer som ikke har vesentlig betydning for resultatet sammenlignet med en eller flere andre årsaker som fremstår som dominerende i skadebildet. Den rettslige avgrensningen vil bero på legislativ vurdering av hvor langt erstatningsvernet bør gå³⁷. Hvis vi trekker paralleller til årsakssammenhengen i forhold til grunnvilkåret må det være en viss nærhet mellom politiets innblanding og den straffbare handling. Dersom politiets innblanding etter en samlet vurdering bryter med de grunnleggende hensyn bak provokasjonen, taler det for at politiet har fremkalt den straffbare handling. I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I ble det lagt vekt på hvordan stoffet skulle transporteres var ”utenfor politiets innflytelse og kontroll”. Man må kunne anta at fravær av faren for kriminalisering har vært et viktig hensyn for Høyesteretts begrunnelse her.

I NOU 2004:6 har politimetodeutvalget den samme synsvinkelen. De presiserer at det ”ikke kan opereres med en gradsvurdering av politiets innvirkning, men mer en vurdering basert på de grunnleggende hensyn som bærer forbudet.” Rettspraksis har ikke uttalt dette uttrykkelig, men ut fra deres praksis kan vi imidlertid se at det er mange momenter som har betydning for grunnvilkåret og grensen for lovlig provokasjon. Hvilke momenter Høyesterett har lagt vekt på skal behandles i neste pkt. 3.3.

³⁴ Andorsen, *JV. 2001*, s. 9

³⁵ Hopsnes, *JV. 2003*, s 101

³⁶ Jr. Rt.1992.1064 P-pilledom II

³⁷ Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 347.

3.3 Grunnvilkårets ulike vurderingstema

3.3.1 Innledning

I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I uttalte Høyesterett at:

”[...] det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Men det må etter min mening godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse. Jeg antar at det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling. For øvrig anser jeg det ikke mulig å trekke opp generelle retningslinjer for utformingen av den begrensning det her er tale om.”

I vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt er det altså flere momenter og hensyn som er relevante. Det er disse som skal gjennomgås i det følgende. Den overordnede problemstillingen er hvilken betydning disse momentene har i vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt.

3.3.2 Initiativet til den straffbare handling

I vurderingen av om grunnvilkåret er brutt, ”må det legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling”.³⁸ Dersom gjerningspersonen har tatt initiativ, er dette et indisium for at handlingen også ville ha blitt begått uavhengig av politiets rolle. Faren for kriminalisering er betraktelig mindre i et slikt tilfelle og dette er en god grunn som taler for at grunnvilkåret bør anses for oppfylt. Det er imidlertid ikke helt klart hvilken betydning initiativet har for grunnvilkårets oppfyllelse. Etter ordlyden skal det legges ”betydelig vekt” på hvem som er initiativtakeren. Det har med andre ord stor betydning i vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, men er etter ordlyden ikke nødvendigvis avgjørende.

Gammeltoft – Hansen³⁹ har et eksempel fra belgisk rettspraksis fra 1897 der politiet var initiativ taker. En sivil tollbetjent gikk inn i en bar og ba om alkohol servering etter lovlig

³⁸ Se Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I og Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.2.

³⁹ Se *Gammeltoft-Hansen, TjR. 1984*, s. 83.

skjenketid. Han hadde flere ganger bedt om servering og nevnt at han kom langveisfra og skulle reise til utlandet. Servitøren gir tilslutt etter på kontrollørens initiativ. Tollbetjentens opptreden bærer her preg av et ønske om å lure servitøren og det foreligger fare for kriminalisering. Grunnvilkåret ble her ansett for brutt. I Rt. 1993.473 Piratdrosjedom I tok førstevoterende opp initiativets betydning selv om det ikke var nødvendig. Politiet antok at det ble drevet piratdrosjevirkosomhet i en bestemt gate. Politiets medhjelpere hadde stanset en tilfeldig bil, bedt om skyss og spurt hva de skulle betale. Det var ingen holdepunkter i saken for at den tiltalte ville ha stanset på eget initiativ, eller at andre ville ha stanset ham og bedt om skyss mot betaling. Førstevoterende uttaler at det konkrete transportforhold var ”klart initiert av politiets medhjelpere.” Dette ble også ansett som et brudd på grunnvilkåret. I saken Teixeira de Castro v. Portugal ble det samme lagt til grunn. Her uttalte EMD at politiet hadde:

”exercised an influence such as to incite the commission of the offence. [...] [T]he Court concludes that the two police officers’ actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed.”

Spørsmålet er så om politiets initiativ alltid medfører brudd på grunnvilkåret? I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I trådte politiet inn i en innsatts telefonkontakt med en som hadde tilbudt vedkommende 1 kg amfetamin. Politimannen hadde en rekke samtaler med vedkommende og takket tilslutt ja til tilbudet, men ønsket levering i Oslo og ikke i København. Det oppstod spørsmål om politiets initiativ til å endre leveringsstedet var årsak til at transportøren ble trukket inn i saken. På den ene siden hadde ikke vedkommende blitt trukket inn hvis ikke politiet ikke hadde tatt initiativ til levering i Oslo. På den annen side fremhevet førstevoterende at man stod ovenfor et stort distribusjonsapparat som drev med innføring av narkotika til Norge. Hvordan stoffet skal transporteres gjennom apparatet og B’s medvirkning var forhold som var utenfor politiets kontroll og grunnvilkåret var derfor oppfylt. Det er altså ikke slik at politiets initiativ automatisk medfører brudd på grunnvilkåret. Man må imidlertid ikke se bort fra at et initiativ fra politiet i utgangspunktet trekker i retning av at handlingen ikke ville ha funnet sted og at det derfor foreligger fare for kriminalisering. I ovennevnte sak gjorde imidlertid ikke kriminaliseringshensynet seg gjeldende idet politiets innvirkning ble ansett for å være ”for fjernt og indirekte”.

Dersom det er den mistenkte som har tatt initiativ vil momentet kunne trekkes i motsatt retning. Det vil si at initiativet i dette tilfelle taler for at den straffbare handling hadde funnet sted uavhengig av politiets rolle. Vi kan snu på Gammeltofts forangående eksempel. Det kan tenkes at kontrolløren kommer inn i en bar og ber om en kopp kaffe. Servitøren spør så om han ikke i stedet har lyst på en øl. I dette tilfelle er det klart at det er den mistenkte som har tatt initiativet og det foreligger ikke fare for kriminalisering. Grunnvilkåret er således ikke brutt. Fra rettspraksis kan Rt. 1994.319 Piratdrosjedom II nevnes. Her ble det utført kontroll med piratdrosjer organisert av drosjenæringen selv. I likhet med piratdrosjedom I, var det kontrollørene som tok kontakt med den tiltalte og spurte om han kunne kjøre dem et sted. Tiltalte meddelte deretter at det kom til å koste 50 kr. Aktors poeng her var at det var tiltalte som hadde tatt initiativ til kjøring *mot betaling* og dermed forårsaket at kjøringen ble straffbar etter samferdselsloven⁴⁰. Initiativets betydning for grunnvilkåret ble imidlertid ikke behandlet av Høyesterett da saken ble løst på et annet grunnlag⁴¹. Førstevoterende var enig med aktor at det kunne reises spørsmål om tilfellet kunne likestilles med piratdrosjedom I. Det foreligger ikke andre rettsavgjørelser på hvor dette kommer på spissen i forhold til initiativvurderingen. Det er imidlertid uttalt i Rt. 2000.1223 Trondheimsheroindommen med henvisning til Andenæs⁴² at dersom en politimann aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika, kan grunnvilkåret ikke strekkes så langt at dette anses som ulovlig provokasjon. I et slikt tilfelle er det liten fare for kriminalisering som taler for at grunnvilkåret er oppfylt. Spørsmålet er om det likevel kan forekomme situasjoner hvor gjerningspersonen er initiativtaker, men hvor grunnvilkåret likevel ikke er oppfylt? Heller ikke denne problemstillingen er kommet på spissen i rettspraksis. Svaret beror nok på en konkret vurdering på bakgrunn av hensynene for grunnvilkåret. Det kan lett tenkes situasjoner hvor gjerningspersonen har tatt initiativet, men er noe usikker på om han skal gjennomføre handlingen. Dersom politiet er med på å overbevise vedkommende, foreligger det kriminaliseringsfare som taler for brudd på grunnvilkåret.

⁴⁰ Lov om samferdsel 4. juni 1976 § 26 jfr. § 7 nr. 1

⁴¹ Se pkt. 4.1 om sterk mistanke.

⁴² Andenæs, *Norsk straffeprosess bind I*, s. 257.

Konklusjonen er derfor at initiativet i seg selv ikke har avgjørende betydning for om grunnvilkåret er oppfylt.

3.3.3 Eksistensen av et marked for den aktuelle straffbare virksomhet

I vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt skal det tas hensyn til eksistensen av et marked for den straffbare handling. I Riksadvokatens instruks fra 1980 heter det at dersom politiet ikke hadde kjøpt, må det sannsynliggjøres utover enhver tvil om at stoffet til noen lunde samme tid ville blitt omsatt til andre. Spørsmålet er hvilken betydning eksistensen av et marked har for oppfyllelsen av grunnvilkåret.

Vilkåret er også nevnt i Riksadvokatens instruks nr. 2/2000, men er kommet til uttrykk gjennom en sak fra rettspraksis, nemlig Rt. 1998.407 Skrik I. Saken gjaldt tyveri av Munchs maleri "Skrik" der det ble planlagt salg eller tilbakelevering mot en løsesum. Da dette ble klart for politiet, ble det igangsatt et redningsforsøk for å bringe maleriet tilbake og oppklare tyveriet. Politiet fikk kjøper og en løsesum for bildet og på grunnlag av dette ble den mistenkte avslørt og dømt i både by – og lagmannsretten.

For Høyesterett var spørsmålet om politiets aksjon provoserte den domfelte til å begå en handling han ellers ikke ville ha begått. Til dette uttalte førstevoterende at dersom:

"[...]politiets aksjon tenkes borte, er det uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i dette tilfelle kunne vært gjennomført. Jeg påpeker at det var politiet som foranlediget at den amerikanske institusjonen ble brakt inn i saken som mulig kjøper, og at løsepengene ble vist frem. Etter lagmannsrettens beskrivelse av saksforholdet synes det ikke å ha vært andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale det angitte beløp så noenlunde der og da.."

Det fantes altså ikke et marked for omsetning av bildet enn den som var tilknyttet til politiet. Resonnementet til flertallet var at politiets tilbud gjorde heleri handlingen mulig og at de derfor hadde fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke hadde blitt begått. Mindretallet mente derimot at helerne hadde antydnet en helerihandling, og når politiet så

trådte inn i tilbudet var det ikke grunnlag for å si at heleri handlingen var fremprovosert at politiet. Et annet poeng ved mindretallets drøftelse var at dette var et forhold som var irrelevant for gjerningsmannens straffeskyld. Dommen viser at det ikke er tilstrekkelig at gjerningspersonen har hensikt til å utføre en straffbar handling – det må også foreligge en reell mulighet dvs. et marked for forbrytelsen.

Konklusjonen er at tilbud fra politiet som det ikke eksisterer et marked for, medfører brudd på grunnvilkåret.

3.3.4 Endringer i tid, sted og utførelse.

I grunnvilkåret ligger det at politiet ikke må tilskynde noen til å begå en straffbar handling som ellers ikke hadde blitt begått. Det er imidlertid godtatt at ”politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse” jr. Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I. Problemstillingen er hvilke endringer i tid, sted og utførelse som kan foretas uten at grunnvilkåret overskrides? Dommens nevner at det bare er ”visse” endringer som kan godtas. Ordlyden er svært uklar og det nærmere innhold kan derfor ikke utledes herfra. Sammenholdes ordlyden med hensynet bak grunnvilkåret, taler det for at ”visse endringer” er endringer i hendelsesforløpet som ikke har strafferettslig relevans.

Det kan søkes veiledning i straffeprosesslovens § 38 der retten bare kan pådømme det straffbare forhold som er beskrevet i tiltalebeslutningen. Det avgjørende for retten er derfor om det dreier seg om det ”samme forhold”. I forhold til § 38 innebærer dette at retten ikke kan legge til grunn operative fakta⁴³ som i tid ligger før eller etter den straffbare handling. Dersom tiltalen er gjelder tyveri kan det ikke dømmes for heleri. Altså kan retten legge til grunn ikke-operative fakta enn de som er beskrevet i tiltalebeslutningen. I forhold til grunnvilkåret, taler det derfor at politiet kan foreta endringer i tid, sted og utførelse dersom disse ikke medfører endringer av operative fakta. Det vil si at politiet kan foreta endringer i et hendelsesforløp dersom disse ikke har strafferettslig relevans.

⁴³ Operative fakta er de faktiske forhold som innebærer at en bestemt straffebestemmelse kommer til anvendelse. *Hov, Rettergang II*, s. 307.

En endring i *tid* kan oppstå der politiet avtaler et annet tidspunkt enn opprinnelig bestemt for overleveringen av et parti narkotika. Det er for eksempel avtalt levering om natten, men politiet ønsker levering på et senere eller tidligere tidspunkt pga. lysforhold da de vil ha bedre oversikt over varene, de mistenkte og situasjonen generelt. I Rt. 1984.1076

Politiheroindommen godtok Høyesterett en slik endring i tid og uttalte at:

”De domfelte har også bebreidet politiet at man gav uttrykk for å være under tidspress, og søkte å fremskynde leveringen. I betraktning av risikoen for at leverandørene skulle få kjennskap til at D var i varetektsfengsel, finner jeg det imidlertid rimelig at politiet ønsket overleveringen avvirket så snart som mulig.”

Ut fra dette har ikke endring i tid trolig ikke strafferettslig betydning. Det forekommer imidlertid situasjoner hvor det kan være betenkelig å foreta endringer i tid. Hopsnes⁴⁴ nevner et eksempel der politiet flytter en jakt fra et tidspunkt hvor dette er lovlig, til et annet tidspunkt som er utenfor jaktseasonen. Et annet tilfelle hvor endringen i tid kan være betenkelig, er hvor det dreier seg om større tidsendringer⁴⁵. Den mistenkte befinner seg for eksempel på det straffrie forberedelsesstadiet. Politiets bidrag til fremskyndingen i tid, medfører imidlertid at politiet overtaler den mistenkte til å begå den straffbare handling. I begge tilfeller har endringen i tid strafferettslig relevans og er derfor betenkelig. Det foreligger derfor fare for kriminalisering som taler for at grunnvilkåret er brutt. Endringen i tid medfører som et utgangspunkt derfor ikke brudd på grunnvilkåret, men det må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Noen ganger kan politiet ha behov for å endre *stedet* for den straffbare handling.

Begrunnelsen for dette kan være det nye stedet er mer oversiktlig eller at det vil være enklere for politiet å overvåke situasjonen der. I likhet med endring av tidspunktet, foreligger det ikke fare for kriminalisering om politiet ønsker levering i Oslo i stedet for Asker. Dette taler for at endring i sted som utgangspunkt ikke medfører brudd på grunnvilkåret. Dersom endringen fører til endringer av strafferettslig betydning, kan imidlertid endringens betydning komme på spissen. I Rt.1984.1076 Politiheroindommen I ble leveringsstedet endret fra København til

⁴⁴ Hopsnes, JV. 2003, s. 97

⁴⁵ Andorsen, JV. 2001, s. 9.

Oslo. Politiets forhold foranlediget derfor til at en kurer ble trukket inn i saken. I forhold til denne ble det spørsmål om politiet hadde fremprovosert en handling som eller ikke hadde blitt begått. Det var jo klart at uten politiets innblanding ville ikke kureren ha blitt innblandet, men her uttalte førstevoterende her at politiets bidrag var ”for fjernt og indirekte” til å få betydning. Endring av sted medfører som et utgangspunkt ikke brudd på grunnvilkåret, men det må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Dersom politiet endrer *utførelsen* av den straffbare handling, er spørsmålet hvilken betydning dette har for grunnvilkåret. Politiet har i disse tilfellene vært årsak til endring i for eksempel måten levering eller betaling skal skje på. Narkotikaen leveres med båt i stedet for bil. Dette er bare endringer i *måten* den straffbare handling skal utføres på. Selve den straffbare handling fremkalles ikke og det foreligger derfor ingen fare for kriminalisering som kan begrunne brudd på grunnvilkåret. Dersom politiet endrer måten den straffbare handling utføres på og dette medfører at andre personer blir trukket inn i saken, kan dette være ulovlig provokasjon. Om dette vises det til drøftelsen under endring av sted ovenfor.

Det er vanskelig å angi konkret når endringer i tid, sted og utførelse medfører brudd på grunnvilkåret. Som et utgangspunkt har det ikke betydning, men det må vurderes konkret i forhold til de faktiske omstendighetene.

3.4 NOU 2004:6

Grunnvilkåret foreslått lovfestet av flertallet i politimetodeutvalget.⁴⁶

”Politiet kan likevel ikke fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.”⁴⁷

Grunnvilkåret er således likelydende med Høyesteretts uttalelse i Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I om at ”det [...] kan [ikke] aksepteres at politiet fremkaller en

⁴⁶ NOU 2004:6 pkt. 11.8.2

⁴⁷ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.” Lovfestingen medfører således ingen endring i gjeldende rett av grunnvilkåret.

4 Prosessuelle vilkår

I tillegg til de materielle foreligger det prosessuelle vilkår ved bruk av politiprovokasjon. Vilkårene fungerer som en rettsikkerhetsgaranti i tillegg til at de danner grunnlag for en god prosessordning. Spørsmålet er hvilke prosessuelle krav som stilles til politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmiddel.

4.1 Sterk mistanke

For å kunne ta i bruk provokasjon stilles det krav om mistanke om en straffbar handling. Dette kravet innebærer to ting: For det første må mistanken være knyttet til ytre konstaterbare omstendigheter, for eksempel en konkret plan om en forbrytelse. For det andre stilles det krav til mistankens styrke.⁴⁸ Spørsmålet er hva slags krav til mistanke som gjelder ved bruk av provokasjon. Etterforskning kan generelt iverksettes hvis det foreligger ”rimelig grunn” til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold, jr. strpl. § 224 (1). Det skal altså ikke mye til før etterforskning kan iverksettes. Dreier det seg om bruk av tvangsmidler i etterforskningen kreves det ”skjellig grunn” som etter sikker rett⁴⁹ krever sannsynlighetsovervekt. Det er altså metodens grad av inngrep som er med på å bestemme hvilket krav til mistanke som stilles. Provokasjon medfører fare for kriminalisering som taler for at det bør gjelde et relativt strengt mistankekrav⁵⁰. Dersom det foreligger høy grad av mistanke vil faren for å kriminalisere være mindre.

Riksadvokatens har i sin instruks fra 1980 pkt. 2 uttalt at ” [d]et skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok”. Sterk mistanke er altså strengere enn skjellig grunn, noe som innebærer at det må foreligge mer enn sannsynlighetsovervekt for at den mistenkte har tenkt å begå en straffbar handling.

⁴⁸ NOU 2004:6 pkt. 6.2.1.

⁴⁹ Rt. 1993.1302

⁵⁰ Se *Hopsnes, JV. 2003*, s. 102

Mistankekravet har ikke vært særlig behandlet i rettspraksis, men er så vidt berørt i Rt. 1984.1076 *Politiheroindommen I* der førstevoterende uttaler:

”Etter riksadvokatens retningslinjer er det en forutsetning for bruk av etterforskning med provokasjonspreg i narkotikasaker at det foreligger sterk mistanke om narkotikaforbrytelse [...]. På grunnlag av det jeg har sagt, anser jeg det klart at disse vilkår var oppfylt”.

I Rt. 1998.407 *Skrik I* ble Riksadvokatens instruks inntatt i sin helhet, men mistanke kravet ble ikke kommentert. Heller ikke i andre saker som har vært oppe for Høyesterett har kravet til mistanke vært eksplisitt nevnt. Til tross for dette har Høyesterett gitt signaler om at det gjelder et sterkt mistankekrav i tillegg til at de i sin praksis har lagt stor vekt på Riksadvokatens instruks. I sakene som Høyesterett har behandlet, har politiet fått informasjon om kriminaliteten gjennom tystere, arrestasjoner osv. I disse tilfellene har det foreligget sterk mistanke og problemstillingen har derfor ikke kommet helt på spissen⁵¹. Et sterkt mistankekrav er derfor forenlig med de avgjørelser som Høyesterett har behandlet. Kravet til sterk mistanke bidrar til at metoden bare anvendes når det er strengt nødvendig og er således med på å oppfylle proporsjonalitetsregelen⁵². Våre naboland Sverige⁵³ og Danmark⁵⁴ har også et krav om sterk mistanke. Hensynet til nordisk rettsenhet taler for en tilsvarende regel i Norge.

4.1.1 NOU 2004:6

I forslaget pkt. 6.2.1 betegner politimetodeutvalget mistankekravet som ”inngangskriteriet” og påpeker at dette vilkåret er ”særlig viktig da det peker ut hvem metodebruken kan settes inn ovenfor”.⁵⁵ Selv om utvalget mener at kravet er en viktig garanti for at politiet ikke skal fremprovosere straffbare handlinger, mener de at mistanke kravet ikke må formuleres så

⁵¹ I Rt. 1986.779 ble en nederlandsk statsborger stanset i tollene og sa seg villig til å samarbeide med politiet. Det var derfor ikke tvil om at det forelå sterk mistanke om alvorlig kriminalitet. I Rt. 1992.319 *Asylmottakssaken* ble politiet tipset om attentatet av en tyster, se også Rt. 2000.1223 *Trondheimssaken*.

⁵² Se pkt. 4.4.

⁵³ Se Axberger, *Brottsprovokasjon*, s.29.

⁵⁴ Se *Gammel-Toft, TfR 1984*, s.108.

⁵⁵ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

strengt at metoden ikke lar seg anvende i praksis.⁵⁶ Flertallet foreslår derfor under pkt. 11.8.2 at "[p]olitiet kan gjennomføre provokasjon ovenfor person som mest sannsynlig forbereder en alvorlig straffbar handling". Etter ordlyden taler "mest sannsynlig" for et krav om sannsynlighetsovervekt, noe som også fremgår av flertallet kommentar til bestemmelsen. Forslaget innebærer således en lempning av det gjeldende mistanke kravet.

4.2 Anvendelsesområdet

I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I ble det slått fast at politiprovokasjon bør bare kunne aksepteres ved "alvorlige lovovertrедelser". Dette kravet er senere gjentatt i både Rt. 1993.473 Piratdrosjedom I og Rt. 1998.407 Skrik I. Spørsmålet er hva som ligger i kravet til en alvorlig lovovertrедelse? Ordlyden tilsier at ikke enhver lovovertrедelse er tilstrekkelig for å anvende provokasjon. Overtrедelsen må være av en kvalifisert størrelse uten at dette kan presiseres nærmere ut fra ordlyden. Kravet er med på å innsnevre anvendelsesområdet og kan sees på bakgrunn av det alminnelige krav om forholdsmessighet⁵⁷ mellom mål og middel i straffeprosessen. I Rt. 1993.473 Piratdrosjedommen I blir kravet nærmere presisert. Ved bedømmelsen av om det dreier seg om en alvorlig kriminalitet "bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet." Disse to kriteriene vil ofte gjenspeile hverandre. Kriminalitet med stor samfunnsmessig betydning vil ofte gjenspeiles i strafferammen og vice versa. Man kan imidlertid ikke utelukke at det finnes forbrytelser av stor samfunnsmessig betydning med lav strafferamme som vil kvalifiserer som alvorlig kriminalitet⁵⁸.

Hvilke former for kriminalitet kan så betegnes som alvorlige? Det følger av Riksadvokatens instruks fra 1980, Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179, Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 124, Rt. 1984.1076 Politiheroinsaken I og Rt. 1992.1088 Politiheroindommen II at provokasjon kan anvendes i alvorlige narkotikasaker. I tillegg til de ondene narkotika fører med seg, skaper den også et marked for andre kriminalitetstyper slik som for eksempel tyveri, heleri og innbrudd. Om man klarer å få bukt med den organiserte narkotikaomsetningen vil mye av denne kriminaliteten forsvinne. Bekjempelse av narkotika har derfor en stor samfunnsmessig

⁵⁶ NOU 2004:6 pkt. 10.7.5.2.

⁵⁷ Se pkt. 4.4.

⁵⁸ Se nedenfor.

betydning som begrunner bruk av provokasjon. Overtredelse av samferdselslovgivningen ved å kjøre piratdrosje var derimot ikke ansett for å være av en slik alvorlig karakter jr. Rt. 1993.473 Piratdrosjedom I.

Høyesterett har godtatt provokasjon når det gjelder alvorlig vinningskriminalitet. I Rt. 1998.407 Skrik I fremprovosere politiet en helerihandling av maleriet Skrik for å bringe dette tilbake til Nasjonalgalleriet. Saken ble betraktet som en ”alvorlig situasjon” der maleriet hadde en ”særdeles høy [...] økonomisk og ideell verdi” og som kunne medføre fengsel i seks år. Det fremgår ikke av dommen om vinningskriminalitet med noe mindre omfang ville kvalifisere som tilstrekkelig alvorlig. Maleriets verdi er grovt anslått til å være mange hundre millioner kroner⁵⁹ samtidig som dets kulturverdi er høy. Det er få vinningsforbrytelser som er så store i omfang som denne. Det kan derfor tenkes at mindre alvorlige vinningsforbrytelser kan oppfylle alvorlighetskravet. Sentrale momenter i alvorlighetsvurderingen er vinningskriminalitetens ”omfang, organisering og verdi.”⁶⁰

I NOU 2002:22 drøftet utvalget om provokasjon i forhold til korrupsjon. De mente at det neppe kunne være tvilsomt at grov korrupsjonskriminalitet ville oppfylle kravet til alvorlig samfunnsmessig betydning. En annen forbrytelse som har vært oppe til diskusjon er spredning av barnepornografi og seksuelle overgrep mot barn⁶¹. Dette er kriminalitet med en relativt lav strafferamme⁶², men som er av stor samfunnsmessig betydning å bekjempe og da særlig med tanke på spredning på Internett. Dersom man klarer å hindre distribuering av barnepornografi, vil man samtidig fjerne markedet og da forhåpentligvis også misbruket som kan skje både i forkant og i etterkant av spredningen. Det foreligger ingen rettspraksis på provokasjon ved denne type kriminalitet. Det imidlertid antatt av Riksadvokaten⁶³ at det er ”forenlig med Høyesteretts retningslinjer å benytte provokasjon som etterforskningsmetode for å avsløre” denne type kriminalitet. Dette er også lagt til grunn i Innst.O.nr.3 (1999-2000) s. 19. Andorsen⁶⁴ antar også at organisert kriminalitet vil tilfredstille kravet. Det er imidlertid ikke mulig å komme med en fullstendig og uttømmende angivelse av hva som ligger i

⁵⁹ Uttalt av Gerd Woll ved Munch Museet, <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=71142>.

⁶⁰ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.3.

⁶¹ Innst.O.nr.3 (1999-2000) pkt. 14

⁶² Se strl. § 195 flg.

⁶³ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.3

⁶⁴ Andorsen, *JV. 2001*, s. 12.

alvorlighetskravet utover det som er nevnt ovenfor. Det er etter Riksadvokatens⁶⁵ oppfatning heller ”ikke hensiktsmessig å instruksfeste i detalj hvilke typer straffbar virksomhet” som bør omfattes. På denne måten er provokasjonsreglene mer fleksible og det er opp til rettspraksis å trekke de nærmere retningslinjer. Det hele beror nok på en konkret helhetsvurdering der det avgjørende bør være om kriminaliteten kan betegnes som ”et alvorlig samfunnsønde på grunn av omfang eller karakter”.⁶⁶

4.2.1 NOU 2004:6

Vilkåret om alvorlig forbrytelse er i lovforslagets pkt. 6.2.2 betegnet som kriminalitetskravet. Etter flertallets forslag § 8-12 (1)⁶⁷ kan politiet ”gjennomføre provokasjon ovenfor person som mest sannsynlig forbereder straffbar handling etter § 8-3 (2).”⁶⁸ Lovgiver har altså på forhånd vurdert hvilke lovovertridelser som er alvorlige nok for provokasjon.

Hvilke forbrytelser provokasjon kan benyttes ovenfor er angitt på to måter. For det første er den angitt med henvisning til en strafferamme. Den er etter 8-3 (2) jr. (1) lagt til fengsel i 5 år mer og i 10 år eller mer. På denne måten er strafferammen et signal om den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe denne kriminaliteten. I tillegg er spesifikke bestemmelser er nevnt i lovforslaget. På denne måten blir anvendelsesområdet for provokasjon mer oversiktlig og forutberegnlig enn i dag. Lovfestingen medfører et utvidet anvendelsesområde i forhold til gjeldende rett i dag.

4.3 Sekundært etterforskningsmiddel⁶⁹

I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I uttalte Høyesterett at provokasjon bør bare kunne aksepteres ”når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige”. Kravet er gjentatt i Rt. 1993.473 Piratdrosjedommen I og har også vært nevnt i Riksadvokatens instruks fra

⁶⁵ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.3

⁶⁶ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.3

⁶⁷ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

⁶⁸ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

⁶⁹ Dette kravet har også blitt betegnet som subsidiaritetskravet og indikasjonskravet i litteraturen. Indikasjonskravet er hentet fra dansk litteratur.

1980 og Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000. Begrunnelsen for vilkåret ligger i at det bør være en konkret behov for å benytte metoden⁷⁰. Det vil ikke være behov for provokasjon dersom det samme resultatet kan oppnås med en mindre inngripende metode.

Når er vanlige etterforskningsmetoder ”utilstrekkelige”? Utilstrekkelig viser til noe som ikke holder mål. I etterforskningssammenheng vil det si at de ordinære metodene ikke klarer å skaffe den nødvendige informasjon om den planlagte eller pågående straffbare handling. Et sentralt spørsmål er om politiet rent faktisk må ha prøvd ut de ordinære etterforskningsmetodene? Idet provokasjon er en mer inngripende etterforskningsmetode enn de ordinære og som medfører en viss kriminaliseringsfare, er dette gode grunner som taler for at man faktisk bør ha prøvd ut tradisjonelle metoder først. Riksadvokaten uttaler imidlertid i sitt rundskriv nr.2/2000 at det i noen saker allerede fra starten av vil være klart at tradisjonell etterforskning ikke kan gi resultater. I så fall vil det være ressurskrevende og åpenbart unødvendig med et slikt krav. Rt. 1984.1076 *Politiheroindommen I* er taus om hvorvidt de ordinære etterforskningsmetodene faktisk må ha vist seg å være utilstrekkelige. I denne saken tok politiet provokasjon i bruk uten at de ordinære metodene var prøvd ut først. Høyesterett problematiserte dette ikke dette, noe som tyder på at det nettopp ikke stilles krav om faktisk prøvelse. Et krav om faktisk prøvelse vil dessuten innebære at politiet vil komme til kort i en god del saker. Kravet vil medføre at saken kan gå i vasken allerede før provokasjon settes inn og kravet vil derfor være meningsløst⁷¹. I Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 sier uttrykkelig at kravet ikke nødvendigvis innebærer at politiet i den konkrete sak må ha forsøkt å nå frem på tradisjonelt vis. Dette er også det rådende synspunkt i teorien⁷². Etter dette kan derfor provokasjon stort sett⁷³ benyttes når tradisjonelle metoder forgjeves er forsøkt eller når de etter en konkret vurdering anses som åpenbart utilstrekkelige⁷⁴. Den konkrete vurderingen foretas av påtalemyndigheten selv.

⁷⁰ NOU 2004:6 pkt. 6.3.2.

⁷¹ *Andersen, JV. 2001*, s.6

⁷² Både *Andersen, JV. 2001*, s.6 og *Hopsnes, JV. 2003*, s. 62 er inne på provokasjon som sekundært etterforskningsmiddel og konstaterer kort at det ikke stilles et krav om at ordinære metoder faktisk må ha vært prøvd.

⁷³ Se pkt. 4.4. Forholdsmessighetsprinsippet setter begrensninger her som medfører at man i noen tilfeller etter en konkret vurdering avstår fra metoden, selv om andre metoder er utilstrekkelig.

⁷⁴ Se NOU 1997:15 pkt 2.3

4.3.1 NOU 2004:6

I NOU 2004:6 er dette kravet omtalt som indikasjonskravet. Kravet har en side til forholdsmessighetsprinsippet og er forslått lovfestet for å fremme politiets konkrete behov for metoden. Den er foreslått lovfestet med følgende ordlyd:

”Tillatelse kan bare gis dersom det vil være av vesentlig betydning for å løse saken, og bare når mindre inngripende metoder ikke er anvendelige.”⁷⁵

Tillatelse skal altså bare gis når det er av ”vesentlig betydning”. Det må altså være av hensyn til oppklaring av saken. I tillegg kan metoden bare benyttes ”når mindre inngripende metoder ikke er anvendelige”. Ordlyden er ikke klar, men i kommentarene til forslaget er det fremhevet at provokasjon bare skal benyttes dersom mindre inngripende metoder ikke ”vil være” anvendelige. Det stilles altså krav om at metoden må fremstå som mest sannsynlig og at det må være mest sannsynlig at mindre inngripende metoder ikke er anvendelig.⁷⁶ Kravet er med andre ord noe svakere enn ”åpenbart utilstrekkelig” som er oppstilt i Riksadvokatens instruks.

4.4 Forholdsmessighetsprinsippet

I tillegg til kravet om sterk mistanke, anvendelsesområdet og sekundært etterforskningsmiddel, gjelder det et generelt krav om forholdsmessighet mellom mål og middel. Dette har bl.a. kommet til uttrykk i politiloven § 6 der det slås fast at metodene som anvendes ”må stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig”.

Hva innebærer således et krav om forholdsmessighet? I kravet til forholdsmessighet skal metodebrukens virkning for den som provoseres og det som oppnås ved å bruke metoden, ikke stå i misforhold til hverandre. Det er altså en inntresseavveining mellom provokasjonens inngrep ovenfor den enkelte og samfunnsbehovet for å oppklare forbrytelser der nytten må

⁷⁵ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

⁷⁶ Se lovkommentarene til § 8-12 (3) jr. 8-8 (3) i NOU 2004:6.

være større enn ulempen. I denne vurderingen skal det tas hensyn til situasjonens alvor, tiltakets formål, omstedighetene for øvrig, virkemidlets art, intensitet og varighet.⁷⁷

Forholdsmessighetskravet gjelder gjennom hele provokasjonen. Det betyr at dersom provokasjonen var forholdsmessig da den ble iverksatt, må den avsluttes dersom det senere inntreffer forhold som gjør at det blir et misforhold mellom nytten og ulempen.

4.4.1 NOU 2004:6

I § 8-12 (5)⁷⁸ er forholdsmessighetsprinsippet forslått lovfestet. Metoden skal ikke benyttes dersom ”inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers medfører et uforholdsmessig inngrep.” Lovfesting av forholdsmessighetsprinsippet medfører ikke endringer i gjeldende rett, men sikrer prinsippet ytterligere.

Som nevnt ovenfor gjelder forholdsmessighetsprinsippet i vurderingen av om provokasjon skal tas i bruk og i vurderingen av hvor lenge metoden kan brukes. Det er imidlertid også foreslått at metoden bare skal kunne anvendes for maksimalt to uker ad gangen. Det innebærer at metoden alltid vil være uforholdsmessig dersom den brukes i mer enn to uker. Forholdsmessighetsprinsippet medfører at provokasjon altså blir situasjonsbetinget og kortvarig.

Idet provokasjon kan medføre fare for kriminalisering, er det uttalt i forslaget at det fordrer til en streng anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet.

4.5 Kompetent myndighet: Begjæring og beslutningsmyndighet

Provokasjon som etterforskningsmiddel der behovet for oppklaring av lovbrudd står på den ene siden og hensynet til den som blir provosert står på den annen⁷⁹. Dersom personer med gode forutsetninger og høy faglig kompetanse tar beslutningen om provokasjon skal benyttes, er dette en rettsikkerhetsgaranti⁸⁰. Derfor er metoden undergitt kontrollordninger som kompetent begjærings og beslutningsmyndighet. I Rt.1984.1076 Politiheroindommen I uttaler

⁷⁷ Auglend, *Politirett* s. 363.

⁷⁸ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

⁷⁹ NOU 2004:6 pkt. 6.4.2.

⁸⁰ Se NOU 1997:15 pkt. 2.3.

førstevoterende at det kan ”være grunn til å stille nærmere krav til [...] den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”. Kravet er senere gjentatt i Rt. 1998.407 Skrik I.

Spørsmålet er hvilke krav som stilles til beslutnings prosess. Dette utdypes ikke i de ovennevnte dommene. I sistnevnte dom vurderte imidlertid Høyesterett politiets aksjon også på et obiter dicta grunnlag og viste i den sammenheng til Riksadvokatens instruks av 1980⁸¹. Instruksens pkt. 1 om avgjørelse og samtykke fastsetter at det er politimesteren som har beslutningsmyndighet om å ta i bruk provokasjonslignende tiltak. I Riksadvokatens rundskriv⁸² av 2000 står det at også at ”beslutningen skal treffes av statsadvokaten i distriktet” på politimesterens anmodning. Med andre ord kreves ikke lenger Riksadvokatens samtykke i noen tilfelle⁸³ og hans innblanding vil bare være av etterfølgende kontroll for eksempel ved klager og spørsmål om tiltalebeslutning og lignende.

4.5.1 NOU 2004:6

Det foreslått i § 8-12 (3)⁸⁴ at politimesteren skal ta beslutning om provokasjon. Dersom det gjelder overtredelse av bestemmelser som har med Politiets sikkerhetstjeneste skal sjefen for denne avdeling ha beslutningsmyndighet. Forslaget medfører at spørsmålet om provokasjon ikke lenger trenger å forelegges for statsadvokaten. Beslutningsnivået er således brakt ned på et ”lavere” nivå som medfører en noe mer effektiv saksbehandling. Trolig besitter politimesteren også bedre informasjon om det faktisk foreligger et behov for å ta i bruk provokasjon enn statsadvokaten.

4.6 Kontroll og dokumentasjon med etterforskningen

I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I uttalte Høyesterett:

⁸¹ Førstevoterende uttalte at instruksene burde ha tilsvarende betydning i andre saker enn narkotikasaker hvor slike etterforskningsmetoder er aktuelle.

⁸² Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.4

⁸³ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. 2.4

⁸⁴ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av bestemmelsens ordlyd.

”[at] det [kan] være grunn til å stille nærmere krav til [...] [den] kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”.

Kravet ble i Rt. 2000.1482 omtalt som kravet til ”en betryggende dokumentasjons- og kontrollordning.” Kravet består altså av to komponenter. Den ene er en betryggende kontrollordning, som etter en naturlig forståelse er politiets kontroll med utviklingen av hendelsesforløpet under aksjonen. Den andre er kravet om en betryggende dokumentasjonsordning som tilsier at politiet må dokumentere hendelsesforløpet slik at man i ettertid kan gå inn og vurdere om etterforskningen har gått forsvarlig for seg og om den fremstår som pålitelig⁸⁵. Høyesterett avgjorde saken i Rt. 1998.407 Skrik I på grunnlag av brudd på grunnvilkåret, men drøftet likevel måten politiaksjonen ble gjennomført på. To engelske agenter hadde blitt koblet inne etterforskningen der målet var å bringe maleriet Skrik tilbake til Nasjonalgalleriet. De engelske agentene ville ikke røpe sin identitet verken da gjerningsmennene ble pågrepet eller da det ble snakk om å føre agentene som bevis. Dette medførte at bevisopptakene ble nektet ført⁸⁶. Førstevoterende uttalte at:

”De to engelske agentenes opptreden og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonene er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være.” [...] ”Vesentlige rettsikkerhetshensyn ble dermed tilsidesatt ved at den del av etterforskningen representerer, ikke har kunnet etterprøves og ved at det ikke fra aksjonene ble sikret bevis i form av prov fra politivitner og rapporter som kunne brukes i en eventuell straffesak.”

I Rt. 2000.1223 Trondheimssaken stod spørsmålet om det var informanten eller den provoserte som hadde kommet med tilbudet sentralt. Politiets eneste bevis på dette punkt var informanten som selv tilhørte det kriminelle miljøet. I slike tilfeller foreligger det fare for at

⁸⁵ Se Rt. 2000.1482

⁸⁶ Se Rt. 1997.869 Anonyme vitner.

vedkommende går litt for ivrig til verks⁸⁷ og det blir derfor et spørsmål om bevisets troverdighet. Politiet hadde unnlatt å skrive i rapporten av provokasjon var benyttet og burde på en annen måte ha klarlagt at selgeren hadde skaffet heroinet. Når det ikke var gjort mente Høyesterett at det forelå ”så alvorlige mangler [ved etterforskningen] at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse.”

Etterforskningen fremtrådte i disse to tilfellene som lite pålitelig på grunn av manglende notoritet. I Rt. 2000.1482 begrunnes kravet til kontroll nettopp i behovet for å ”sikre påliteligheten av etterforskningsresultatet”. Det var med andre ord et spørsmål om etterforskningens verdi og muligheten til å sikre notoritet i forhold til bevisene som var avgjørende. Det er såkalte bevissikringshensyn⁸⁸ som gjør seg gjeldende. Dette er særlig viktig da det er de funn under etterforskningen som danner grunnlag for en eventuell domfellelse. Domstolenes adgang til å kontrollere provokasjonens lovlighet i etterkant er jo avhengig av notoritet rundt bevisene. Idet provokasjon foregår idet skjulte, vil dette være av stor betydning for den som rammes at politiet har kontroll over situasjonen slik at instituttet ikke misbrukes. Således er kravet til kontroll en rettsikkerhetsgaranti som er med på å sikre materielt riktige resultater. I tillegg til de kvalitative krav som kravet til kontroll oppstiller, har Riksadvokaten i sin instruks⁸⁹ påpekt at det skal legges særlig vekt på ”å sikre det personelle som er involvert, og hindre at det skjer urett mot noen”. Det innebærer at man bl.a. må ivareta deres sikkerhet⁹⁰ under aksjonen.

Et spørsmål er om det kreves at politiet har fullstendig kontroll? Det er svært vanskelig å ha full kontroll over en provokasjonssituasjon hvor hendelsesforløpet raskt kan endre seg. Stilles det krav om fullstendig kontroll, må aksjonen planlegges nøye i forhold til alle tenkelige hendelsesforløp. Det vil klart være altfor kostnadskrevende. I Rt. 2000.1482 to engelske statsborgere stanset i tollene med ca. 200 kg hasjisj. De gikk med på å samarbeide med politiet og politiet fikk således pågrepet mottakeren etter at han hadde fått overlevert hasjisjen til seg. Forsvareren i saken anførte at politiet ”ved å la handlingen gå sin gang, hadde ikke politiet

⁸⁷ Se *Gammel-Toft, Strafferetspleje bind 2, s. 72.*

⁸⁸ Se *Andersen, JV. 2001, s.6*

⁸⁹ Se Riksadvokatens instruks fra 1980.

⁹⁰ Se Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 pkt. 2.4

full kontroll over at narkotikapartiet ikke kunne komme på avveie” slik at aksjonen ikke kan tjene som grunnlag for domfellelse. Førstevoterende kom imidlertid frem til politiet fulgte overleveringen med partiet såpass tett at kontrollen var ”tilstrekkelig”. Det er med andre ord en vurdering av om etterforskningen var tilstrekkelig betryggende og det var i dette tilfelle ingen grunn til å stille spørsmål ved kontrollordningen.

Riksadvokaten har i sin instruks fra 1980 oppstilt et ufravikelig krav om at det skal foreligge en plan som dekker enhver fase i utviklingen og i Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 står det at det må ”alltid være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres”. Spørsmålet er om det nødvendig med en slik plan. Dersom man i forkant har vurdert i en plan, kan etterforskningen være mer pålitelig og gjennomtenkt. Rettspraksis har så vidt jeg kan se ikke gjentatt dette kravet. I Rt. 1998.407 Skrik I var det ikke dokumentert noen detaljert plan for aksjonen, men den fulgte rent faktisk en plan som politiet hadde lagd i samarbeid med lederen for de engelske agentene. Denne planen innebar imidlertid at flere punkter i Riksadvokatens rundskriv ble brutt samtidig som representantene for kjøperen ikke kunne bli brukt som bevis i saken. Dommen kan tyde på at det ikke er nødvendig at det utarbeides en detaljert plan, men at det avgjørende er om ”påliteligheten av etterforskningsresultatet” er sikret⁹¹.

Det er ikke mulig å angi konkret hva som skal til for at kravet til kontroll er oppfylt. Men ut fra ovenstående beror det nok på en konkret helhetsvurdering der kravet til kontroll vurderes ut fra etterforskningens pålitelighet.

4.6.1 NOU 2004:6

Krav til kontroll er foreslått lovfestet i to bestemmelser i NOU 2004:6. Den første har fått følgende ordlyd i § 8-21:

”Politiets beslutning om metodebruk etter dette kapittel skal så vidt mulig være skriftlig. Må tillatelse gis muntlig skald en nedfelles skriftlig snarest mulig. Av den skriftlige beslutning skal fremgå at vilkårene for inngrepet er oppfylt.

⁹¹ Rt. 2000.1482

Begrensninger som gjelder med hensyn til fremgangsmåte, tid og sted skal også fremgå.

Beslutningen skal dokumentføres.”

Bestemmelsen stiller krav til skriftlighet og krav til det innholdsmessige. Kravet om skriftlighet innebærer to ting. For det første medfører kravet at den som tar beslutning om å benytte provokasjon, må tenke nøyere gjennom saken. I tillegg sikrer dette notoritet slik at det blir bedre muligheter for effektiv kontroll i ettertid. Kravet til det innholdsmessige innebærer at hvert enkelt vilkår – materielt og prosessuelt - må tas med⁹².

I tillegg til denne bestemmelsen er det forslått en bestemmelse § 8-22⁹³ om dokumentasjon der det skal fremgå:

”når metoden ble brukt, hvor den ble gjennomført og hva politiet og dets eventuelle medhjelpere foretok seg.”

Forslaget innebærer således at så å si alle sider av provokasjonen blir dokumentert. I motsetning til i dag, vil lovforslaget innebære at man får klare regler å forholde seg til. På den ene siden blir metoden mer ressurskrevende idet man må gjennom en ”papirmølle”. På den annen side vil etterforskningens pålitelighet i stor grad ivaretas.

4.7 Ikke i strid med generelle prosessuelle grunnprinsipper

I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I uttaler førstevoterende at skrankene for bruk av politiprovokasjon:

”... må bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet...”.

⁹² NOU 2004:6 pkt. 11.8.

⁹³ Se pkt. 1.3 for gjengivelse av hele bestemmelsen.

Og lignende uttales det i Rt. 1990.531 Asylmottaksdommen at etterforskningsmetoden må:

”ikke være i konflikt med de alminnelige prinsipper som vår straffeprosessordning hviler på og som rettsmyndighetene må påse overholdt, ved å respektere synspunkter om en fair prosess basert på rettsikkerhet”.

Det første prosessuelle krav er altså at politiet ikke må utføre provokasjon som er i strid med de generelle prosessuelle grunnprinsipper. Disse grunnprinsippene er med på å sikre forsvarlig saksbehandling både på etterforskningsstadiet og under rettsbehandlingen⁹⁴. I Rt. 1999.1269 Verksmesterdommen kom dette vilkåret på spissen i forhold til retten å forholde seg taus. En fengselsbetjent var mistenk for å ha hjulpet en fange med å rømme fra fengselet. Ved hjelp av skjult mikrofon og båndopptaker fikk politiet fremprovosert en innrømmelse fra fengselsbetjenten (bevisprovokasjon) og han ble dømt på grunnlag av dette. Høyesterett uttalte at retten til å forholde seg taus var et ”grunnleggende rettstatsprinsipp” og at det var et ”grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess” jr. strpl. § 232 og SP art. 14 nr.3 (g). Politiets fremgangsmåte hadde ”ikke i tilstrekkelig grad respektert mistenktes rett til å forholde seg taus”. Dommen gjelder bevisprovokasjon og ikke materiell provokasjon. I Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 er denne dommen nevnt alene i forbindelse med generelle grunnprinsipper. Ut fra dette mener Hopsnes⁹⁵ at kravet ikke gjelder ved materiell provokasjon. For det første er rundskrivet av intern karakter og den utelukker ikke at kravet også skal gjelde for materiell provokasjon. I tillegg har Høyesterett uttalt at etterforskningsmetodene ikke må være i konflikt med alminnelige prinsipper. Det foreligger heller ingen gode grunner for at de prosessuelle prinsippene bare skal gjelde ved bevisprovokasjon. Behovet for en forsvarlig saksbehandling vil være like stort for materiell provokasjon. Andersen⁹⁶ skiller heller ikke mellom de to typer provokasjon.

⁹⁴ Se bl.a. *HOV, Rettergang I*, kap. 3.

⁹⁵ Se *Hopsnes, JV. 2003*, s.113

⁹⁶ Se *Andersen, JV. 2001*, s.15

5 Virkning av overskridelse av grensen for lovlig materiell politiprovokasjon

5.1 Innledning

Hovedproblemstillingen i det følgende er hvilken betydning ulovlig provokasjon har for gjerningsmannens straffeansvar. Dette skal først vurderes opp mot de materielle vilkår (pkt. 5.2) og deretter i forhold til de prosessuelle vilkårene (pkt. 5.3).

5.2 Brudd på grunnvilkåret

Dersom politiet har tilskyndet noen til å begå en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, vil det stride mot den alminnelige rettsbevisstheten å bli pålagt straffansvar for dette⁹⁷. Selv om handlingen er straffbar, vil straffverdigheten i slike tilfelle være mindre enn i tilfeller hvor politiet ikke står bak. På den annen side kan det hevdes at alle er ansvarlige for sine egne handlinger, slik at handlingen ikke nødvendigvis er mindre straffverdig når politiet står bak. Problemstillingen i det følgende er hvilken betydning den ulovlige provokasjon har for gjerningsmannens straffeansvar.

Dersom det er klart at det foreligger ulovlig politiprovokasjon, vil det mest naturlige være om påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale. Gjerningsmannen har således intet straffeansvar. Det er først når tiltale reises og saken kommer under rettens behandling at problemstillingen kommer på spissen. I Rt.1984.1076 Politiheroindommen I slo førstevoterende fast at det i så fall blir spørsmål om bevisene skal avskjæres, om tiltalte skal frifinnes eller om saken skal avvises. Slik saken stod for Høyesterett var det imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på alternativene.⁹⁸

Det var først i saken Rt.1992.1088 Politiheroindommen II at rettsvirkningen ble kommentert av Høyesterett. Her uttaler førstevoterende at:

”[d]et som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet. Slike omstendigheter må kunne føre til at straff ikke anvendes. Jeg finner at man

⁹⁷ Rt. 1992.1088 Politiheroindommen II.

⁹⁸ Høyesterett kom frem til at politiets bruk av provokasjon var lovlig gjennomført og de tiltalte ble derfor dømt for lovovertrедelsen. Virkningen av ulovlig provokasjon kom derfor ikke på spissen.

da bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettstridsreservasjon.”⁹⁹

Høyesterett mente det riktige i denne saken altså var å frifinne tiltalte. Førstevoterende ga imidlertid uttrykk senere i dommen for at det ikke var sikkert at dette var løsningen i alle tilfeller:

”[...] det kan være vanskelig generelt å angi i hvilke tilfeller etterforskning med provokasjonstilsnitt får den virkning at de fremprovoserte handlinger skal anses som ikke straffbare. Ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn, men det kan være usikkert hvilken rekkevidde det vil ha. Spørsmålet kan tenkes å oppstå i mange forskjelligartede situasjoner, og de kryssende hensyn vil gjøre seg gjeldende med ulik tyngde.”

Rettspraksisen etter denne dommen har imidlertid fjernet tvilen om tiltalte skal frifinnes. I Rt. 1998.407 Skrik I uttalte førstevoterende at de stod ovenfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Uttalelsen er senere gjentatt i både Rt. 2000.1223 Trondheimsheroinsaken og Rt. 2000.1482. Ut fra dette er gjeldende rett at ulovlig provokasjon som følge av brudd på grunnvilkåret, er en frifinnelsesgrunn.¹⁰⁰

Under pkt. 3.2.1 så vi at ulovlig provokasjon også foreligger dersom politiet fremkaller en straffbar handling som er mer straffverdig. Spørsmålet er hvilken betydning dette har for tiltaltes straffeansvar. I dette tilfellet vil den tiltalte ha begått den straffbare handling også uavhengig av politiets innblanding og det foreligger derfor ingen grunn til at tiltalte skal frifinnes for *hele* den straffbare handling. Tiltalte ville for eksempel uavhengig av politiets innblanding ha solgt et mindre kvantum amfetamin, men endte opp med å selge en større

⁹⁹ Rettstridsreservasjonen medfører at en ellers straffbar handling i noen tilfeller anses som rettmessig. Dersom politiet bruker ulovlig provokasjon vil ikke den straffbare handling som begås av den grunn bli rettmessig. Denne uttalelsen har derfor vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori, se bl.a. *Hopsnes, JV. 2003, s. 62* og *Andersen, JV. 2001, s.1*.

¹⁰⁰ Norge synes å være ett av få land som har denne løsningen. For Sverige sin del ble det slått fast i NJA 1989.489 at det var en fastlagt oppfatning i svensk rett at provokasjon i prinsippet ikke påvirker handlingens straffbarhet. I både Sverige og Storbritannia regnes ulovlig provokasjon kun som en formildende omstendighet hvor den anses som åpenbart utilbørlig. Se *Asp, Straffansvar vid brottsprovokation, s.124 flg.* og *Cross & Jones, Introduction to Criminal Law 1984, s. 460*.

mengde på forespørsel av politiet. Om man ser bort fra det overskytende har tiltalte overtrådt strl. § 162 (1) og bør derfor pålegges straffansvar. For den ”overskytende delen” som politiet har fremkalt er det imidlertid fare for kriminalisering som taler mot å ilegge straff. Hvis den overskytende delen hadde medført at hele forholdet hadde blitt bedømt etter strl. § 162 (2), kan det bare ilegges straffansvar etter første ledd. Det foreligger ingen dommer hvor dette kommer helt på spissen. Den eneste dommen som er inne på dette er Rt. 1984.1076 *Politiheroindommen I*. Det ble avtalt salg av 1 kg amfetamin, men som etter forslag fra en av de tiltaltes forlovede, ble økt til 3 kg. Spørsmålet i saken var om økningens betydning i forhold til straffeutmålingen. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at de domfelte ikke kunne belastes for økningen. Om dette uttalte Høyesterett:

”På dette punkt er jeg ikke enig med lagmannsretten. Det var ikke politiet som tok initiativet til denne økningen av kvantumet. Men når økningen først var tilbudt, er det rimelig at politiet aksepterte tilbudet, for derved å få hånd om hele det parti som syntes tilrettelagt for eksport til Norge. Jeg kan ikke se at politiets forhold er egnet til å redusere de domfeltes straffeskyld. Deres forsett og ansvar omfattet hele partiet på 3 kilo.”

I denne saken hadde økningen ikke betydning for om forholdet skulle subsumeres under strl. § 162, første eller annet ledd. Kvantumet var så stort at forholdet uansett skulle dømmes etter annet ledd. Økningen hadde således ikke betydning for etter hvilken bestemmelse den tiltalte skal dømmes etter. Tolker man uttalelsen til førstevoterende antitetisk, vil det kunne tas hensyn stoffets mengde i straffeutmålingen dersom politiet er årsak til økningen. Selv om dommen ikke nevner det eksplisitt, bør økning fremkalt av politiet som har betydning for hvilken bestemmelse forholdet skal subsumeres under, ikke tilregnes den tiltalte.

5.3 Brudd på prosessuelle krav

Prosessuelle feil medfører ikke i seg selv fare for kriminalisering¹⁰¹ slik som ved brudd på grunnvilkåret. De prosessuelle vilkår er ulike i karakter, men er alle med på å sikre en

¹⁰¹ Se *Hopsnes, JV. 2003*, s. 118.

forsvarlig saksbehandling¹⁰². Ved å stille krav til saksbehandlingen kan man være ganske trygg på at rettens avgjørelse er bygget på et riktig grunnlag. På denne måten sikrer de prosessuelle vilkårene et materielt riktig resultat. Felles for dem alle er at de på sett og vis er med på å sikre oppfyllelsen av det overordnede grunnvilkår om at politiet ikke skal fremkalle en straffbar handling som ellers ikke hadde blitt begått. Brudd på prosessuelle krav kan derfor medføre at det i etterkant er vanskelig å klargjøre det faktiske hendelsesforløp herunder om handlingen er fremprovosert. Dersom dette er tilfelle taler det for frifinnelse slik som ved brudd på grunnvilkåret. Det er imidlertid ikke slik at ethvert brudd på et prosessuelt vilkår får strafferettslig betydning.

Hovedproblemstillingen er hvilken betydning brudd på prosessuelle vilkår har for den provosertes straffansvar. Da de prosessuelle vilkår er så ulike karakter, skal dette sees i forhold til de enkelte vilkår.

5.3.1 Sterk mistanke

Spørsmålet er hvilken betydning det har for straffansvaret dersom politiet iverksetter provokasjon uten at det foreligger sterk mistanke.

Hvilken betydning brudd på mistanke kravet har i forhold til straffansvaret, har ikke vært behandlet av Høyesterett. Betydningen kan imidlertid søkes i lys av hensynene bak provokasjon. Kravet til mistanke er med på å redusere faren for kriminalisering. Jo sterkere mistanke politiet har, jo mer sannsynlig er det at vedkommende har tenkt til å begå den straffbare handling og jo mindre vil faren for kriminalisering være. Momentet må kunne imidlertid kunne trekkes i motsatt retning. Hvis politiet ikke har eller har svak mistanke om et lovbrudd, vil provokasjon medføre fare for kriminalisering. Hva konsekvensen bør være, bør derfor vurderes i forhold til den mistanke som forelå. Dersom mistanke graden medfører at etterforskningen fremstår som upålitelig, bør den ikke kunne tjene som grunnlag for domfellelse. En kan derfor gå ut fra at brudd på mistanke kravet i noen tilfeller medfører frifinnelse.

¹⁰² HOV, Rettergang I, s. 72 flg.

5.3.2 Brudd på anvendelsesområdet

Spørsmålet er hva konsekvensen er dersom politiet har gått utenfor anvendelsesområdet for provokasjon. Dette spørsmålet har ikke kommet på spissen i rettspraksis, men er så vidt berørt i Rt. 1993.473 Piratdrosjedommen hvor Høyesterett kom frem til at alvorlighetskravet ikke var oppfylt. Saken ble imidlertid avgjort på et annet grunnlag og det var ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til virkningen.

Hopsnes¹⁰³ drøfter dette under forholdsmessighetskravet og presiserer at faren for kriminalisering er større ved mindre alvorlige handlinger og at det derfor kan være grunn til å likestille det med konstitutiv provokasjon. Andersen er inne på at løsningen kanskje bør være å frifinnelse. Løsningen er hittil ikke avklart, men problemstillingen er trolig ikke særlig praktisk. Det stilles jo bl.a. krav om beslutningsmyndighet¹⁰⁴ som sikrer kontroll med bruken av provokasjon. Statsadvokaten vil sjeldent godkjenne bruk av provokasjon dersom ikke forholdet er alvorlig nok. Det kan imidlertid være saker som ligger i randsonen for hva som kan karakteriseres som alvorlig.

5.3.3 Sekundært etterforsknings middel

Spørsmålet er hvilken betydning det har for den provosertes straffansvar at provokasjon ble benyttet, til tross for at vanlige etterforskningsmetoder ikke var utilstrekkelig. Denne problemstillingen er ikke behandlet i praksis og ikke særlig omhandlet i teorien. Andersen mener at løsningen trolig er frifinnelse, mens Hopsnes imidlertid er av den oppfatning at det bør være tilstrekkelig å ta hensyn til dette ved straffutmålingen. Ingen av dem begrunner sitt syn.

Løsningen bør derfor sees på bakgrunn av hensynene bak provokasjon. Dette kravet har ikke den samme tilknytningen til grunnvilkåret som kravet til mistanke har. Så lenge grunnvilkåret er oppfylt, vil ikke provokasjon i seg selv medføre fare for kriminalisering selv om en mindre inngripende metode kunne vært tatt i bruk. Dette taler for at et brudd ikke skal få betydning for om straffansvar foreligger eller ikke, men at det bør tas med som et hensyn i straffutmålingen. Dersom notoritet rundt etterforskningen ikke er ivaretatt kan det imidlertid

¹⁰³ Se Hopsnes, *JV. 2003*, s. 107.

¹⁰⁴ Se pkt. 4.5.

bli være grunn til å falle ned på frifinnelse. Virkningen er som nevnt imidlertid uavklart, slik at det bør vurderes konkret.

5.3.4 Forholdsmessighetsprinsippet

Spørsmålet er hvilken betydning brudd på forholdsmessighetsprinsippet har for straffeansvaret.

Spørsmålet om virkningen av brudd på forholdsmessighetsprinsippet har dukket opp i forbindelse med anvendelsesområdet¹⁰⁵, men har ikke vært behandlet i rendyrket form i rettspraksis. Dersom det ikke foreligger samsvar mellom mål og middel skulle metoden overhodet ikke vært tatt i bruk og den provoserte ville ikke ha blitt tiltalt for forholdet. Dette kan tale for frifinnelse. På den annen side medfører ikke brudd på forholdsmessighetsprinsippet direkte fare for kriminalisering, noe som taler for å tillegge bruddet vekt ved straffeutmålingen. Imidlertid vil brudd på de prosessuelle vilkårene kunne bidra til at tilliten til politiets etterforskning svekkes. Løsningen bør derfor bero på en konkret vurdering av hvordan etterforskningen fremstår.

5.3.5 Kompetent myndighet – begjæring og beslutningsmyndighet

Spørsmålet er hvilken betydning brudd på kompetanse reglene har for straffansvaret. Brudd Problemstillingen har ikke kommet på spissen i mange saker. I Rt.2000.1482 ble det anført at etterforskningen ikke ble iverksatt av kompetent påtalemyndighet. Til dette uttalte førstevoterende at:

”Jeg kan ikke se at det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken - som har klare likhetstrekk med kontrollert overlevering - ulovlig”.

På bakgrunn av Høyesteretts uttalelse synes løsningen å være at brudd på kompetanse reglene ikke får betydning for straffansvaret. På den annen side presiserer Høyesterett at dette var

¹⁰⁵ Se pkt. 4.2 ovenfor.

løsningen i ”denne saken” som hadde ”likhets trekk med kontrollert overlevering”. Det er derfor ikke gitt at løsningen i *andre* saker blir den samme.

Kompetanse reglene skal sikre at provokasjon bare anvendes ved grundig overveielse. Manglende beslutning fra en personelt kompetent person har derfor ikke direkte betydning for om grunnvilkåret er oppfylt eller for notoritet rundt bevisene. Det kan imidlertid tenkes at brudd på kompetansereglene indirekte gir utslag i manglende notoritet¹⁰⁶ og i så fall kan det ha betydning. Brudd på kompetansekravet bør derfor vurderes konkret i det enkelte tilfelle.

5.3.6 Kontroll med etterforskningen

Problemstillingen er hvilken betydning politiets kontroll med etterforskningen har for straffansvaret. Kontroll med etterforskningen har som nevnt i pkt. 4.6 betydning for påliteligheten av de funn som blir gjort. Dersom resultatet ikke er pålitelig, foreligger det fare for kriminalisering som igjen taler for frifinnelse. Dette var situasjonen i Rt.1998.407 Skrik I der førstevoterende uttalte på et obiter dicta grunnlag at:

”Jeg finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik” – saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så mange mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag fore en domfellelse. [...] De to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonene er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være. [...] Jeg kan ikke se annet enn at vi her står ovenfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn, slik at A må frifinnes også på dette grunnlag.”

Frifinnelse var også løsningen i Rt. 2000.1223¹⁰⁷. Ut fra disse dommene er virkningen trolig frifinnelse dersom etterforskningen fremstår som upålitelig etter manglende kontroll.

¹⁰⁶ Se *Hopsnes, JV. 2003*, s. 119.

¹⁰⁷ Om saksforholdet se pkt. 4.6.

Tilstrekkelig kontroll fra politiets side er blitt tillagt betydning ved straffutmålingen. I Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I fulgte politiet overleveringen av et narkotikaparti. Her hadde politiet kontroll over situasjonen og om dette uttalte førstevoterende:

”Derimot finner jeg, som lagmannsretten, at det ved straffutmålingen må tas hensyn til at det som følge av politiets kontroll med leveringen ikke forelå noen vesentlig spredningsfare. Selv om dette var ukjent for de domfelte, bør de tillegges en viss vekt ut fra de samme betraktninger som tilsier at forsøk straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse”.

Det synes noe rart at dette er et forhold som skal komme de tiltalte til gode. Uavhengig av politiet kontroll var deres hensikt nettopp å spre narkotikaen. Imidlertid har jo Høyesterett kommet til denne løsningen og da gjenstår det å se om løsningen blir det samme i fremtidige saker. Kontroll med etterforskningen kan etter dette altså få betydning i to henseende – både som frifinnelsesgrunn og som formildende omstendighet.

5.3.7 Strid med generelle grunnprinsipper

Spørsmålet er hvilken betydning brudd på et grunnprinsipp har for den provosertes straffansvar. Formålet for grunnprinsipper er å sikre en forsvarlig saksbehandling. I den grad brudd på et prosessuelt prinsipp medfører at saksbehandlingen blir uforsvarlig, taler det for å tillegge det strafferettslig betydning. Svaret beror derfor på en konkret vurdering.

Rt. 1999.1269 Verksmesterdommen gjaldt retten til å forholde seg taus¹⁰⁸. Retten kom her til at dette prinsippet ikke var i tilstrekkelig grad respektert av politiets fremgangsmåte og førte til at beviset ikke kunne føres. Dette innebærer at dersom påtalemyndigheten ikke på annen måte kan bevise straffeskyld, må tiltalte frifinnes. De prosessuelle prinsippene er mange og det er ikke hensiktsmessig å gjennomgå dem i detalj. Brudd på prinsippene må vurderes konkret.

¹⁰⁸ Se pkt. 4.7 for faktum i saken.

5.3.8 Oppsummering av brudd på prosessuelle krav

Det er ikke mulig å konkret å angi hva virkningen av brudd på et enkeltstående vilkår er. Det avgjørende synes å være om etterforskningen fremstår som pålitelig. Dette har kommet best til uttrykk gjennom Rt. 1998.407 Skrik der førstevoterende uttaler:

Jeg finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik” – saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så mange mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag fore en domfellelse.

Man må altså se på etterforskningen under ett. Dersom etterforskningen etter en helhetsvurdering fremstår som betenkelig, bør resultatet bli frifinnelse. Brudd på et enkeltstående vilkår kan derfor være et straffutmålingsmoment hvis etterforskningen som sådan fremstår som pålitelig.

5.4 NOU 2004:6

Når det gjelder brudd på grunnvilkåret, mener flertallet i Politimetodeutvalget at høyesterettspraksis på dette punkt har gode grunner for seg og foreslår derfor ingen endringer.¹⁰⁹ Ved brudd på prosessuelle vilkår, foreslås det heller ingen lovfesting. Utvalget mener at det er opp til Høyesterett å trekke grensene for når dette skal medføre frifinnelse.

6 Avsluttende spørsmål

6.1 Hva bør virkningen av ulovlig provokasjon være?

6.1.1 Innledning

Tema i det følgende er hva virkningen av ulovlig provokasjon bør være. Dette skal først vurderes opp mot det materielle vilkår og deretter de prosessuelle vilkår.

¹⁰⁹ NOU 2004:6 pkt. 10.7.5.2.

6.1.2 Brudd på grunnvilkåret

Pkt. 5.2 ovenfor behandler virkningen av ulovlig provokasjon de lege lata. På grunnlag av den foreliggende rettspraksis, ser vi at ulovlig provokasjon som følge av brudd på grunnvilkåret leder til frifinnelse. Bak dette resultatet ligger bl.a. faren for kriminalisering og hensynet til at ingen uskyldige skal dømmes. Dersom politiet har fremkalt en handling som ellers ikke ville ha blitt begått, ligger det en presumpsjon for at den tiltalte er uskyldig. Når spørsmålet om hva virkningen av ulovlig provokasjon tas opp de lege lata, kan det være grunn til å stille spørsmål om det tiltalte er uskyldig ved bruk av ulovlig provokasjon som følge av brudd på grunnvilkåret.

Et synspunkt kan være at brudd på grunnvilkåret ikke medfører fare for kriminalisering. Alle mennesker har ansvaret for sine egne handlinger og unnlatelser uavhengig av om vedkommende er under påvirkning eller ikke. Dersom man ikke ønsker å begå den straffbare handling, har man viljen til å avstå fra dette. For det første er alle mennesker under stadig påvirkning av ytre faktorer som sammen danner grunnlaget for den avgjørelse man velger å ta. At disse faktorene påvirker vår adferd kan være en forklaring og etter omstendighetene en formildende omstendighet, men ikke en grunn til å bli fratatt ansvaret for eventuelle straffbare handlinger. For det andre veier ikke argumentet om at man ble påvirket til å begå en straffbar handling særlig tungt. Lar man seg overtale ligger ansvaret hos den enkelte. Det bør derfor en del til før påvirkning blir en unnskyldningsgrunn. Straffverdigheten av den straffbare handling vil dessuten være den samme uavhengig av den tiltalte overtales av en privat person eller en sivil politibetjent. Et poeng er at handlingen er utført og vedkommende bør derfor straffes for dette. I så fall legger man til grunn at brudd på grunnvilkåret ikke har betydning for handlingens straffbarhet og vedkommende burde i så fall ikke frifinnes. Konsekvensene av bruddet kan for den tiltalte tas med som en formildende omstendighet ved straffutmålingen. Som nevnt tidligere er det svensk rett slått fast at provokasjon i prinsippet ikke påvirker handlingens straffbarhet. Det innebærer at det i langt mindre grad frifinnes for ulovlig provokasjon. Både i Sverige og Storbritannia er ulovlig provokasjon bare en formildende omstendighet ved straffutmålingen. Dette harmonerer bedre med tanken om at man er selv ansvarlig for sine handlinger og vil til en viss grad kanskje ha en preventiv effekt.

En slik løsning vil ha betydning for politiets etterforskningsarbeid. Til tross for at utviklingen har gått i retning av utvidede metoder for politiet, har det vist seg i praksis at provokasjon benyttes mindre enn forventet. Årsaken til dette er ikke offisielt klarlagt, men beror trolig på

en sammensatt vurdering¹¹⁰. Risikoen for at provokasjon ikke leder til domfellelse, er kanskje med på å virke inn på bruken av provokasjon. Er man i større grad sikker på at provokasjon vil være effektivt, vil metoden kanskje tas mer i bruk.

På den annen side vil synspunktet om at ulovlig provokasjon ikke påvirker en handlings straffbarhet kanskje medføre fare for ”videre kriminalisering”. Den tiltalte hadde kanskje rent rulleblad før provokasjonen, men under soningen vil vedkommende bli plassert blant kriminelle og skape nye kontakter. På denne måten øker sannsynligheten for at vedkommende fortsetter med kriminell virksomhet. Det er vanskelig å si noe om hvor stor sannsynlighet det er for dette, men på sikt kan ”vinningen gå opp i spinningen” ved bruk av provokasjon som etterforskningsmetode.

Dersom ulovlig provokasjon leder til domfellelse, kan dette nok ha variabel innvirkning på de folks tillit til rettsapparatet. Sett fra tiltaltes stå sted vil nok tillitsspørsmålet stå seg annerledes enn for mannen i gaten. Tiltale har jo objektivt sett begått en straffbar handling, men for borgerne vil det virke betenkelig om staten i første omgang karakteriserer en handling som straffbar, for deretter å lure vedkommende til å begå handlingen for så å straffe vedkommende for den samme handlingen. Hvor reelt dette spørsmålet om tillit egentlig er, er ikke klart. I og med at det er flere land som har denne ordningen, blir tilliten trolig ikke særlig svekket.

Om ulovlig provokasjon medfører straff på lik linje med handlinger der provokasjon ikke er benyttet, kan en annen løsning være å tillegge dette betydning for hvilken straff eller straffart som skal ilegges.

6.1.3 Brudd på prosessuelle vilkår

De prosessuelle bestemmelsene har som nevnt under pkt 5.3 ikke direkte betydning for spørsmålet om den tiltalte har utvist straffeskyld eller ikke. Dersom tiltalte frifinnes når det begås prosessuelle feil, sender det ut et signal om at tiltalte ikke er skyldig. Man kan tenke seg at den tiltalte under provokasjon har innført en mengde narkotika til Norge. Det viser seg i ettertid at politiet for eksempel ikke hadde sterk nok mistanke eller ikke hadde tilstrekkelig kontroll over situasjonen. Tiltalte har jo begått en straffbar handling og hvis vedkommende

¹¹⁰ Samtale med Riksadvokaten.

frifinnes i et slikt tilfelle på grunn feil fremgangsmåte, kan det være vanskelig for borgerne å godta og forstå dette. Dette taler for at brudd på prosessuelle vilkår ikke bør resultere i frifinnelse, men heller ha betydning for straffart eller være et straffutmålingsmoment ved fastsettelsen av straff.

Rt. 2002.1049 35 kilo heroinsaken omhandlet ikke provokasjon, men viser hvordan prosessuelle krav kan ha uheldig virkninger. Saken gjaldt etterforskning der hvor det var tatt i bruk informant i forbindelse med avsløring av ulovlig oppbevaring av 35 kg heroin. Forsvarer i saken begjærte dokument innsyn i dokumentene fra politiets etterforskning, jr. strpl. § 264 jf. § 292. Det var klart at dokumentinnsyn i dette tilfelle ville bringe informantene i klar livsfare. Selv om det forelå behov for tilbakeholdelse av informasjon, kom Kjæremålsutvalget frem til at det forelå rett til dokumentinnsyn. Dette resulterte i at påtalemyndigheten ikke kunne forfølge saken av hensyn til informantenes liv og tiltalen ble trukket tilbake. Det var ikke tvil om at de tiltalte hadde begått den straffbare handling og det er derfor lite forståelig fra en borgers ståsted at vedkommende slipper unna på grunn av en slik prosessuell fremgangsmåte. Saken ble gjenstand for kritikk og det ble senere gjennomført en lovendring på dette punkt. Selv om dommen ikke direkte belyser provokasjon, kan lignende tilfeller som er egnet til å svekke tilliten oppstå.

Videre foreligger det ikke entydig og klare regler for fremgangsmåten ved bruk av provokasjon. Usikkerheten rundt fremgangsmåten kan være en av flere årsaker som har medført at provokasjon benyttes i langt mindre grad enn man skulle forvente. Når det foreligger usikkerhet rundt fremgangsmåten, vil det også foreligge usikkerhet om provokasjon faktisk vil være en effektiv etterforskningsmetode idet man risikerer at saken ”går i vasken” under rettsaken. Dette taler derfor for at man ikke skal frifinne ved overtredelse av de prosessuelle vilkår, men tillegge det vekt ved straffespørsmålet.

Dersom man skulle konsekvent skulle tillegge brudd på prosessuelle vilkår vekt under straffespørsmålet, vil det medføre risiko for uriktige dommer. Som vi så under pkt. 5.3 har en del av de prosessuelle vilkår ulik tilknytning til skyldspørsmålet. Noen vilkår regulerer kun en fremgangsmåte som er ansett for å være best egnet, mens andre er oppstilt spesifikt for å sikre rettsikkerhet. Dersom brudd på vilkår for å sikre rettsikkerheten bare skal tas med i betraktning ved straffutmålingen, kan det forekomme justismord. Dersom situasjonen tenkes snudd på hodet, slik at brudd på prosessuelle vilkår alltid medfører frifinnelse, risikerer man

at mange skyldige går fri. På den ene siden ivaretas rettsikkerheten, samtidig som tilliten til rettsapparatets effektivitet blir svekket. Man står derfor ovenfor et dilemma over hvor det er hensiktsmessig å trekke grensen. Det er derfor ikke mulig å angi på generelt grunnlag hva løsningen bør være for prosessuelle vilkår. Det bør vurderes opp mot hvert vilkår idet de er forskjellig i karakter noe som det ikke skal gjøres her.

6.2 Bør provokasjon lovfestes?

Provokasjon er i dag ulovfestet, men det foreligger p.t. en utredning der metoden er foreslått lovfestet. Spørsmålet i det følgende er om provokasjon *bør* lovfestes.

Dersom provokasjon skal lovfestes, oppstår spørsmålet om hvordan metoden skal formuleres. Riksadvokat Dorenfeldt uttalte allerede i 1978¹¹¹ at ”grensen for den tillatte provokasjon vil bli meget vanskelig å formulere” og at dette derfor ikke burde lovreguleres. Det er riktignok slik at provokasjon ikke har blitt entydig definert i verken teori eller praksis og at det foreligger mange elementer som kan være vanskelig å definere. Dette kan medføre at det blir vanskelig å lovregulere metoden på en egnet måte. Dette var trolig situasjonen tidlig på 1980 tallet. Provokasjonen var ikke noe nytt fenomen på dette tidspunktet, men den var forholdsvis lite behandlet i rettspraksis. Det var derfor vanskelig å komme med en formulering om grensen for den tillatte provokasjon. Gjennom prinsippavgjørelsen i Rt. 1984.1076 *Politiheroindommen I* og etterfølgende rettspraksis har til grensen for lovlig provokasjon blitt nærmere presisert og redegjort for. Selv om provokasjonens grenser ikke er fullstendig klarlagt, er den ikke på langt nær så vag og usikker som da Dorenfeldt ga uttrykk for sitt standpunkt i 1978. Dorenfeldt var også av den oppfatning at man burde ha spørsmålet om lovfesting under vurdering og at det med tiden kunne bli aktuelt når rettspraksis hadde trukket opp retningslinjene. Som vi så under pkt. 3 foreligger det i dag en rekke retningslinjer på grunnlag av rettspraksis. Det er etter min mening ikke mulig å komme med en fullstendig angivelse av provokasjonens grenser i en bestemmelse, men det er mulig å angi hvor grensen går i hovedtrekk. Etter min mening er derfor Dorenfeldts begrunnelse i 1978 ikke lenger et godt nok argument mot lovfesting.

¹¹¹ Dorenfeldt, *LoR.* 1978, s. 302.

Et annet moment som kan tale mot lovfesting er faren for å låse rettsstilstanden. Når Høyesterett er ansvarlig for rettutviklingen, medfører dette at grensen for lovlig provokasjon er lettere å endre i takt med samfunnsutviklingen. Dette gir ”en viss fleksibilitet som lett kan bli redusert hvis spørsmålet lovreguleres”¹¹². Etter min mening er dette et argument som ikke unyansert kan legges til grunn. Om metoden lovreguleres i detalj vil det ikke være rom for Høyesterett som rettsutvikler. Dersom samfunnsutviklingen skaper behov for å anvende metoden for eksempel på andre kriminalitetstyper, må det skje gjennom en tidkrevende lovendring. På denne måten vil en fullstendig lovfesting medføre at rettsstilstanden blir låst. En annen ulempe ved fullstendig lovfesting er at loven kan tjene som hjelpemiddel for de som begår straffbare handlinger. På denne måten vil metoden miste noe av sin effektive virkning. En god løsning er derfor at man ikke går inn for en fullstendig lovfesting, men nøyer seg med å lovfeste utgangspunktene slik at rettspraksis kan trekke opp de nærmere grenser. På denne måten vil man ikke miste fleksibilitet eller skape fare for at metoden mister sin effektivitet.

Provokasjon er lovfestet i både Danmark, Østerrike og Nederland. Erfaringer fra lovfestingen i disse landene kan kaste lys over spørsmålet om provokasjon bør lovfestes i Norge. I NOU 1997:15 pkt. 2.25 ble lovfestingen i Danmark tatt opp:

”Fra dansk politi og påtalemyndighet mottok utvalget entydige opplysninger om at denne lovreguleringen medførte at man i dag i Danmark i liten grad benytter provokasjonslignende tiltak ved etterforskning. [...] En tilsvarende lovregulering med samme resultat i Norge vil innebære at politiet får økte vanskeligheter med å avdekke alvorlig kriminalitet, særlig i narkotikasaker. Slik kriminalitetstrusselen bedømmes av dette utvalg, vil det være en lite ønsket situasjon.”

Hensynet til etterforskningens effektivitet har altså vært anført som en av hovedårsakene til at man ikke ønsket lovfesting av provokasjon. Hvorvidt etterforskningens effektivitet ville ha blitt svekket i norsk rett, beror etter min mening ikke utelukkende på om metoden lovfestes eller ikke. Når man lovfestet provokasjon i Danmark, var det særlig to elementer som var avgjørende for at metoden mistet effektivitet. For det første innførte man et mistankekrav som lå tett opp til beviskravet for domfellelse. Dette medførte at det var liten grunn til å benytte

¹¹² Ot.prp.nr.64 (1998-1999) pkt. 16.2.4.

provokasjon. I tillegg til dette lovfestet man et forbud mot å bruke sivile provokatører.¹¹³ Det er derfor min mening at en *ren kodifisering* av gjeldende rett i Norge, neppe ville føre til at metoden ble mindre anvendelig. Kildeproblematikk var også grunn til at lovgiver stilte seg skeptisk til lovfesting i Danmark. Etter deres oppfatning var det ”blitt vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer frem og kildens identitet røpes.”¹¹⁴ I Norge har denne problemstillingen vært opp for Høyesterett i Rt. 2002.1049 35 kilo heroinsaken. Her krevde tiltalte dokumentinnsyn som ville medføre at informanten kom i livsfare. Dokumentinnsyn ble innvilget, noe som medførte at påtalemyndigheten henla saken.¹¹⁵ Selv om denne saken ikke gjaldt provokasjon, kan dette problemet være aktuelt i et provokasjonstilfelle. Det er etter min mening *hvordan* provokasjon reglene utformes som er avgjørende for kildeproblematikk og andre ringvirkninger, og ikke hvorvidt *om* provokasjon skal lovfestes eller ikke.

Selv om rettspraksis har presisert grensene for provokasjon, har det gjennom den faktiske utøvelse av provokasjon oppstått tvil om spørsmål som ikke er løst i den foreliggende rettspraksis. På den ene siden kan det tale mot lovfesting. Spørsmålet om hvilket årsakskrav som gjelder er ikke klart formulert og derfor noe vanskelig å angi, men det er ikke slik at lovfesting trenger å være et spørsmål om enten eller. På den annen side vil noen uklarheter ved vilkårene tale for lovfesting. Dette gjelder for eksempel kontroll ordningen ved provokasjon som i dag ikke har klare rammer for hva som kreves. Lovfesting vil her gjøre reglene klarere og mer oversiktlig. På den måten økes notoriteten rundt etterforskningen som igjen øker rettsikkerheten.

Spørsmålet om provokasjon bør lovfestes er etter min mening ikke et spørsmål om enten eller, men heller et spørsmål om hvordan et samspill mellom lov og rettspraksis kan gi den beste løsningen. Samfunnsutviklingen var jo en av årsakene til at det ble et behov for provokasjon. Det er derfor gunstig at man opprettholder fleksibiliteten på en måte som muliggjør en selvstendig utvikling. Dette kan oppnås ved at for eksempel grunnvilkåret og de

¹¹³ Det er foretatt lovendringer på disse punktene. Mistankekravet er i dag noe lempet i tillegg til at det er tillatt å bruke sivile provokatører.

¹¹⁴ NOU 1997:15 pkt. 6.10.2 jr. Ot.prp.nr.64 (1998-1999) pkt. 16.2.2.

¹¹⁵ Ikke lenge etter henleggelsen ble det fremmet et lovforslag som resulterte i nye bestemmelser i straffeprosessloven. Disse bestemmelsene gir adgang til å nekte dokumentinnsyn bla. hensyn til informantenes sikkerhet, se bl.a. strpl. § 242a, 264 (6) og § 28 (3).

grunnleggende utgangspunkter lovfestes, mens det er opp til rettpraksis å trekke de nærmere grenser.

7 Litteraturliste

JURIDISK LITTERATUR

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess, bind I*. 2.utg. Oslo, 1994.

Andersen, John Petter. *Agent Controlleur*. Et etisk og juridisk problem. 1.utg. Århus, 1986.

Andersen, Kjell. *Provokativ politietterforskning*. I: JV.2001, s.1.

Asp, Petter. *Straffansvar vid brottsprovokation*. 1.utg. Stockholm, 2001.

Auglend. *Politirett*. Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. 1.utg. Oslo, 2002.

Axberger, Hans G. *Brottsprovokation*. Skriftserien nr. 25. 1.utg. Stockholm, 1989.

Boe, Erik. *Innføring i juss*. Juridisk tenkning og rettskildelære. 1.utg. Oslo, 1996.

Bratholm, *Strafferett og samfunn*, 1. utg. Oslo, 1980.

Cross. *Introduction to Criminal Law*. Rupert Cross og Philip A. Jones. 10 utg. London, 1984.

Dorenfeldt. L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?*
I: LoR.1978, s.291.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2001.

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 1.utg. Oslo, 2000.

Gammel-Toft, Hans. *Agent Controlleur*. I: TfR.1984, s.89.

Gammel-Toft, Hans. *Strafferetspleje bind 2*. København, 1998.

Gisle, Jon. *Jusleksikon*. 1.utg. Drammen, 1999.

Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode*. I: JV.2003, s.62.

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. 1.utg. Oslo, 1999.

Hov, Jo. *Rettergang II. Straffeprosess*. 1.utg. Oslo, 1999.

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 5.utg. Bergen, 2000.

FORARBEIDER

Ot.prp.nr.35 (1978-1979) Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.

Ot.prp.nr.64 (1998-1999) Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.
(etterforskningsmetoder m.v.)

Innst.O.nr.3 (1999-2000) Innstilling fra Justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)

NOU 2002:22 En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon.

Ot.prp.nr.24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel.)

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed.

RETTSPRAKSIS

Rt. 1984.1076 Politiheroindommen I

Rt. 1986.779

Rt. 1990.531 Asylmottaksaken

Rt.1991.616

Rt. 1992.1088 Politiheroinkjennelsen

Rt. 1993.473 Piratdrosje I

Rt. 1994.319 Piratdrosje II

Rt. 1997.1659

Rt. 1998.407 Skrik I

Rt. 1999.1269 Verksmesteren

Rt. 2000.1223 Trondheimsheroinsaken

Rt. 2000.1345

Rt. 2000.1482

Rt. 2002.1043 35 kg heroin saken

EMD

Teixera de Castro v. Portugal, 9/6/1998.

ANDRE

NJA 1986.489